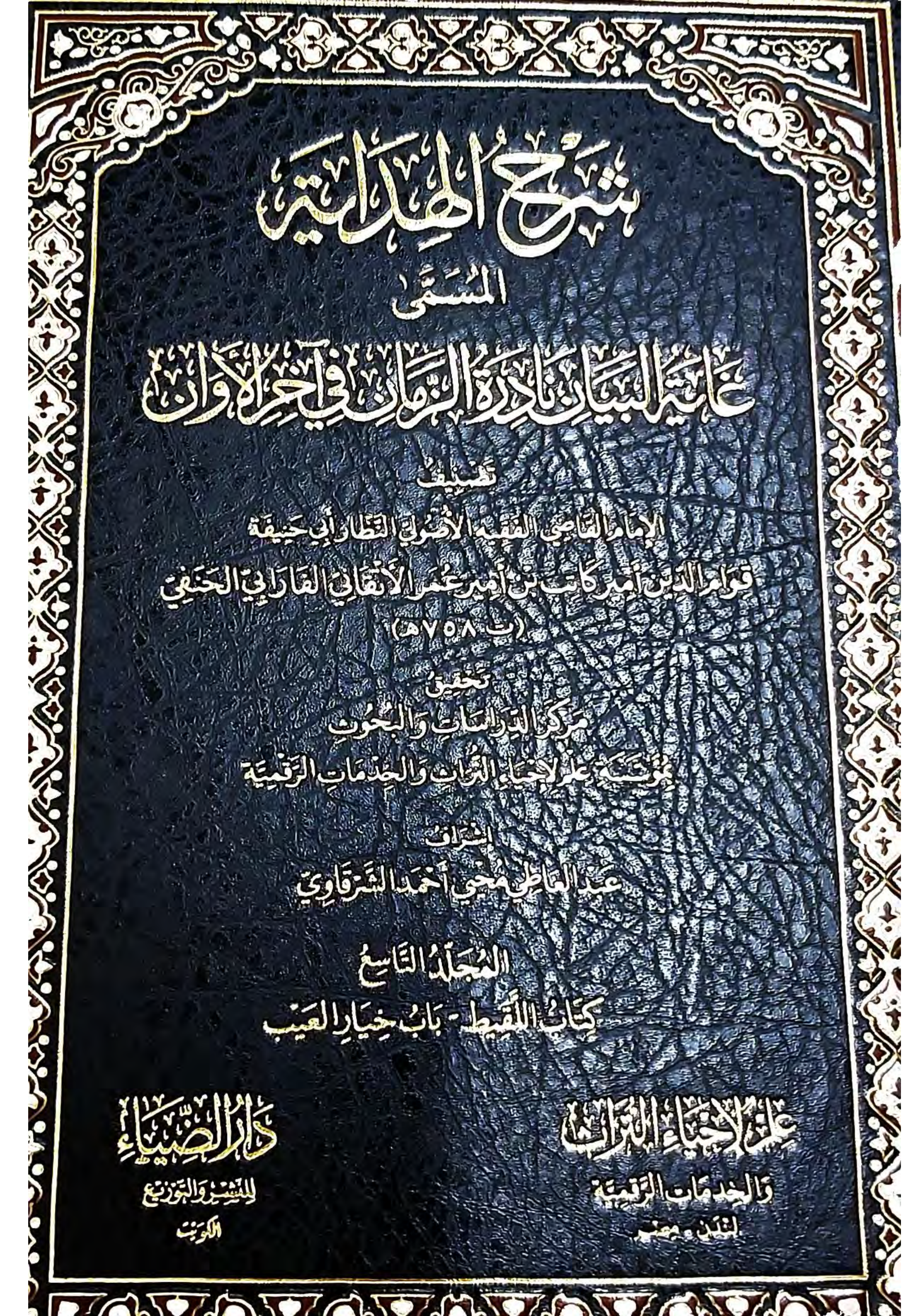
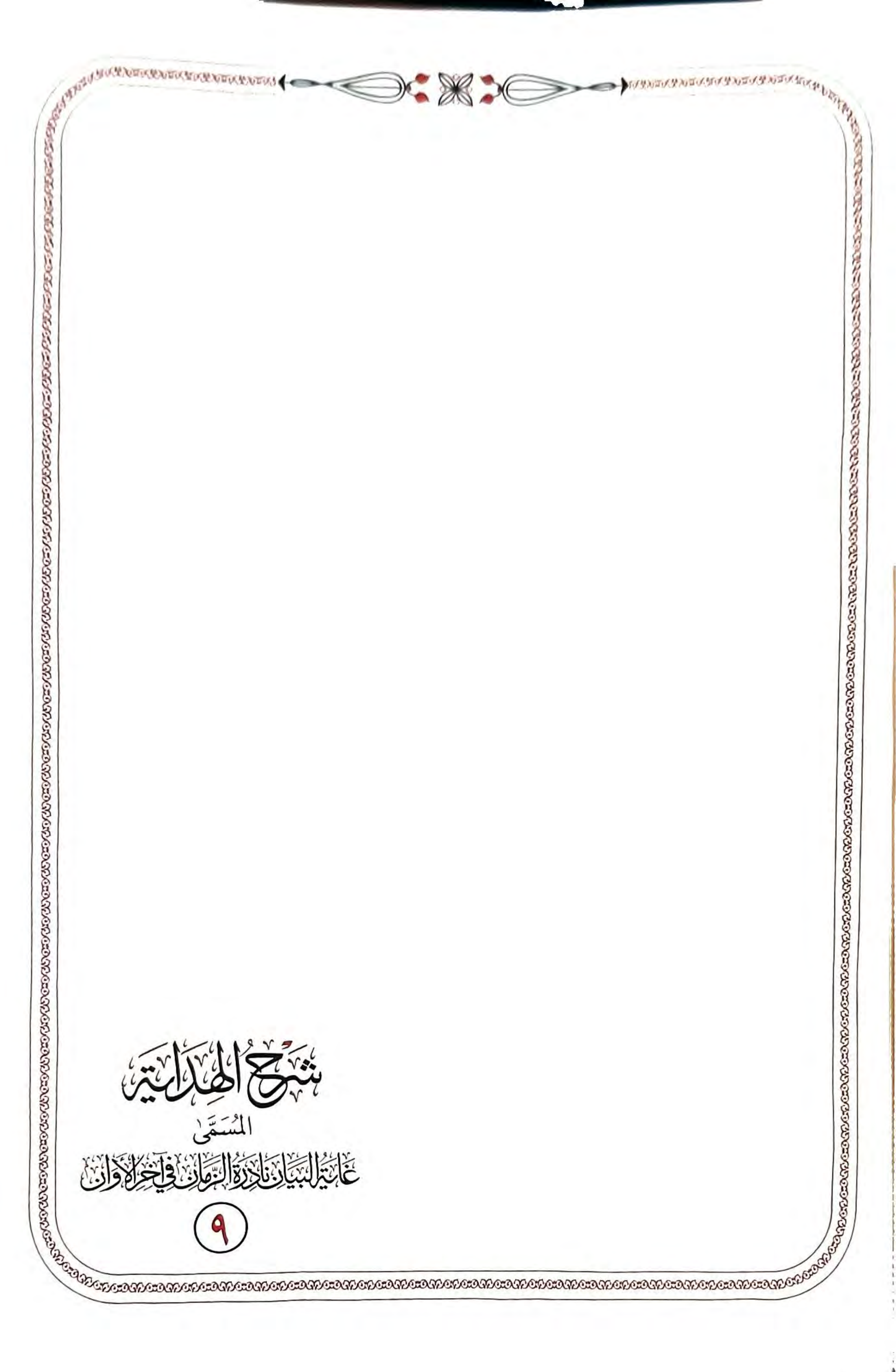

شرح الهداية
المسمى
غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان
تصنيف
الإمام القاضي الفقيه الأصولي النظار أبي حنيفة
قوام الدين أمير كاتب بن أمير عمر الأتقاني الفارابي الحنفي
(ت ٧٥٨ هـ)
تحقيق
مركز الدراسات والبحوث
بمؤسسة علم لإحياء التراث والخدمات الرقمية
إشراف
عبد العاطي محيي أحمد الشرقاوي
المجلد التاسع
كتاب اللقيط - باب خيار العيب
دار الضياء
للنشر والتوزيع
الكويت
علم لإحياء التراث
والخدمات الرقمية
لندن - مصر


شرح الهداية
المسمى
غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان
٩



الكويت - حولي - شارع الحسن البصري
ص.ب: ١٣٤٦ حولي
الرمز البريدي: ٣٢٠١٤
تلفاكس: ٠٠٩٦٥٢٢٦٥٨١٨٠
نقال: ٠٠٩٦٥٥٠٤٠٩٩٢١





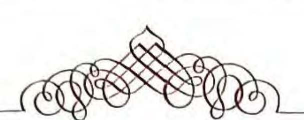

جمهورية مصر العربية - القاهرة
التجمع الخامس- الحي الثالث- فيلا 152
الهاتف: 00201127999511
international library of manuscripts(ILM)
1155726

جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٤٤هـ - ٢٠٢٣م

بلد الطباعة: بيروت - لبنان
التجليد الفني: شركة فؤاد البعينو للتجليد ش.م.م.
بيروت - لبنان

Dar_aldheyaa2@yahoo.com
Abdou20201@hotmail.com
www.daraldeyaa.net

رقم الإيداع المحلي: 2017/23123
رقم الإيداع الدولي: 3-5- 85365 -977 -978
info@ilmarabia.com



الموزعون المعتمدون

دولة الكويت
دار الضياء للنشر والتوزيع - حولي — تليفاكس: ٢٢٦٥٨١٨٠ — نقال: ٥٠٤٠٩٩٢١

جمهورية مصر العربيَّة
دار الأصالة للنشر والتوزيع – المنصورة — محمول: ٠٠٢٠١٠٠٠٣٧٣٩٤٨ — محمول: ٠٠٢٠١٠٩٨٣٢٥٨٣٢

المملكة العربية السعودية
مكتبة الرشد - الرياض — هاتف: ٤٣٢٩٣٣٢ – ٢٠٥١٥٠٠
دار التدمرية للنشر والتوزيع - الرياض — هاتف: ٤٩٢٥١٩٢ — فاكس: ٤٩٣٧١٣٠
دار المنهاج للنشر والتوزيع - جدة — هاتف: ٦٣١١٧١٠
مكتبة المتنبي – الدمام — هاتف: ٨٣٤٤٩٤٦ — فاكس: ٨٤٣٢٧٩٤

برمنكهام - بريطانيا
مكتبة سفينة النجاة — هاتف: ٠٠٤٤٧٤٧٢٠٤٢٨٢٤ — هاتف: ٠٠٤٤٧٤٩٥٠٧٤٠٢٥

المملكة المغربية
دار الرشاد الحديثة - الدار البيضاء — هاتف: ٠٠٢١٢٥٢٢٢٧٤٨١٧

الجمهورية التركية
مكتبة الإرشاد – إسطنبول — هاتف: ٠٢١٢٦٣٨١٦٣٣/٢٤ فاكس: ٠٢١٢٦٣٨١٧٠٠

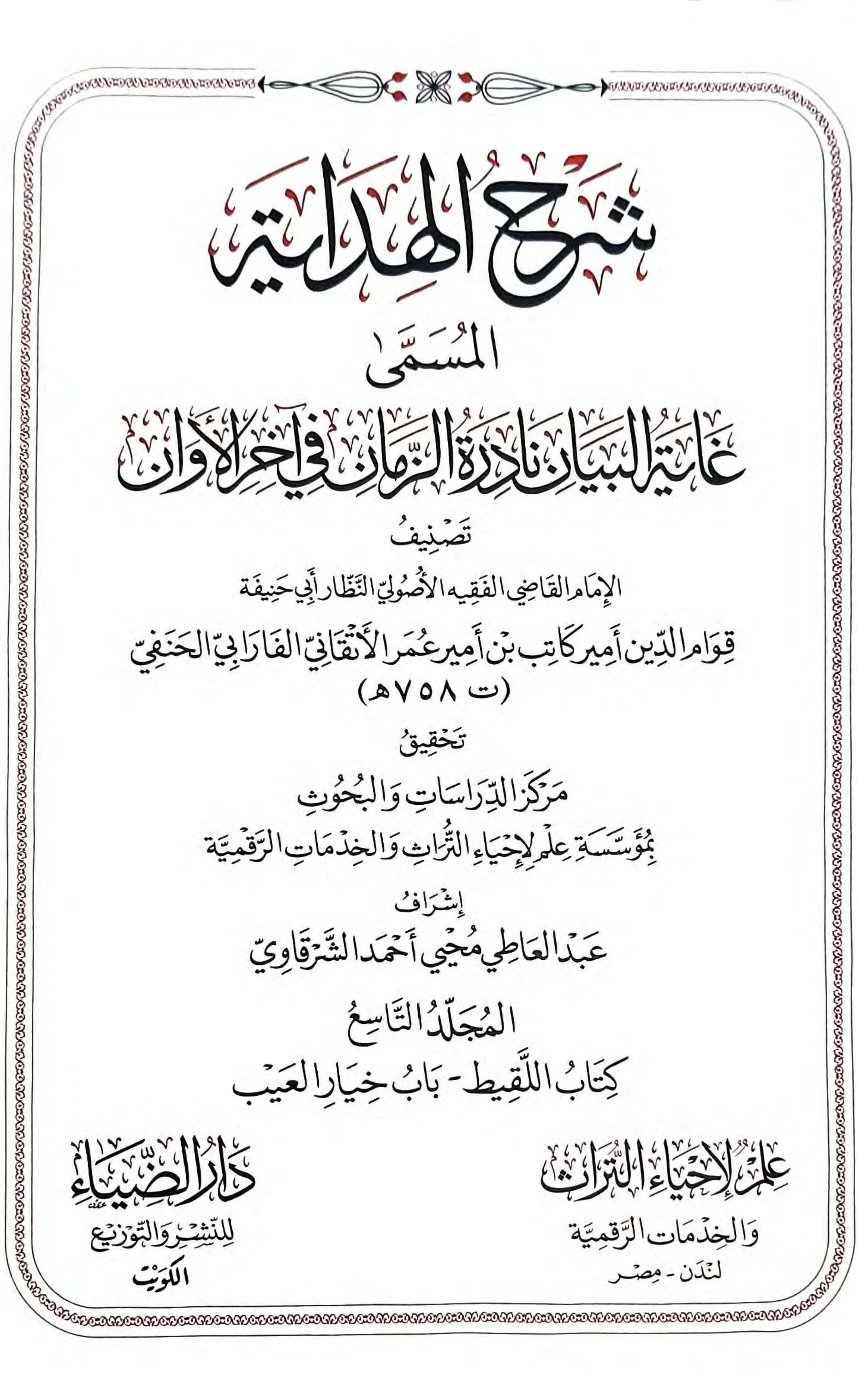
جمهورية داغستان
مكتبة ضياء الإسلام — هاتف: ٠٠٧٩٨٨٣٠٣١١١١ - ٠٠٧٩٨٨٧٧٣٠٣٠٦
مكتبة الشام- خاسافيورت — هاتف: ٠٠٧٩٢٨٨٧٢٩٥٠٥ - ٠٠٧٩٢٨٨٦٦١٤٧٤

الجمهورية العربية السوريَّة
دار الفجر - دمشق - حلبوني — هاتف: ٢٢٢٨٣١٦ — فاكس: ٢٤٥٣١٩٣

الجمهورية السودانية
مكتبة الروضة الندية–الخرطوم– شارع المطار — هاتف: ٠٠٢٤٩٩٩٠٠٤٣٥٧٩

المملكة الأردنية الهاشميَّة
دار محمد دنديس للنشر والتوزيع - عمان — هاتف: ٠٦٤٦٥٣٣٩٠ – ٠٧٨٨٢٩١٣٣٢

دولة ليبيا
مكتبة الوحدة – طرابلس
شارع عمرو ابن العاص — هاتف: ٠٩١٣٧٠٦٩٩٩ – ٠٢١٣٣٣٨٢٣٨



شرح الهداية

المُسَمَّى

غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان

تصنيف

الإمام القاضي الفقيه الأُصوليّ النّظّار أبي حنيفة

قِوام الدِّين أمير كاتب بن أمير عُمر الأتقانيّ الفارابيّ الحنفيّ

(ت ٧٥٨ هـ)

تحقيق

مركز الدِّراسات والبُحوث

بمؤسسة علم لإحياء التُّراث والخدمات الرَّقمية

إشراف

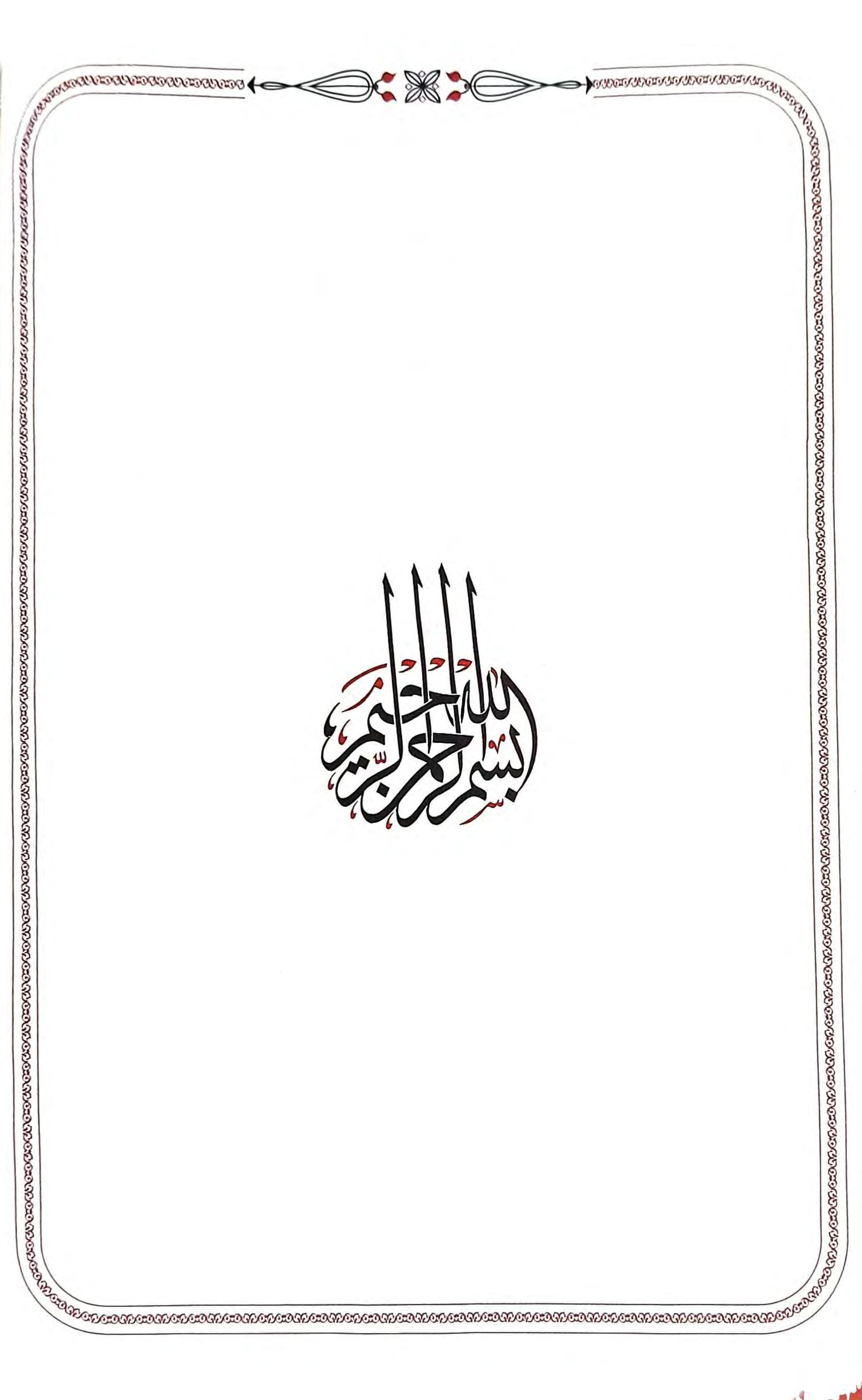
عبد العاطي محيي أحمد الشَّرقاويّ

المُجلَّد التَّاسع

كتاب اللَّقيط - باب خيار العيب

علم لإحياء التراث
والخدمات الرَّقمية
لندن - مصر

دار الضياء
للنشر والتوزيع
الكويت


بسم الله الرحمن الرحيم



كِتَابُ اللَّقِيطِ

اللَّقِيطُ يُسَمَّىٰ بِهِ بِاعْتِبَارِ مَآلِهِ ؛ لِمَا أَنَّهُ يُلْقَطُ ، وَالِالْتِقَاطُ مَنْدُوبٌ إِلَيْهِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْيَائِهِ ، وَإِنْ غَلَبَ عَلَىٰ ظَنِّهِ ضَيَاعُهُ فَوَاجِبٌ .

غاية البيان

[٢/١ظ]

كِتَابُ اللَّقِيطِ

ذكَر اللَّقِيطَ واللُّقَطَةَ بعدَ السِّيَر لِمَا أن النفوسَ والأموالَ في الجهادِ علىٰ شرَفِ الهلاكِ ، فكذلك اللَّقِيطُ واللُّقَطَةُ علىٰ شرَفِ الهلاكِ ، وقُدِّمَ اللَّقِيطُ علىٰ اللُّقَطَةِ ؛ لكونِ النفسِ أعزَّ مِن المالِ ، وإنما قُدِّمَ السِّيَرُ عليهما ؛ لأن في الجهادِ إعلاءَ كلمةِ اللهِ تعالىٰ ، وإخلاءَ العالمِ [٤/٤٣٤ظ/م] عن الفسادِ الذي هو رأسُ كلِّ معصيةٍ ، وهو الكفرُ .

والجهادُ: فرْضٌ علىٰ سبيلِ الكفايةِ ؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿فَاقْتُلُوا الْمُشْرِكِينَ﴾ [التَّوْبَة: ٥] ، أو فرْضُ عيْنٍ إذا كان النَّفِيرُ عامًّا ، وقد مَرَّ ذلك .

والالتقاطُ: مندوبٌ إليه ؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا﴾ [المائدة: ٣٢] .

غايةُ ما في البابِ: أنه يَجِبُ الالتقاطُ إذا خِيفَ الضياعُ علىٰ اللَّقِيطِ ، ولا شكَّ أن مرتبةَ الفرضِ أقوىٰ ، فكان تقديمُه أَوْلَىٰ .

وقولُ صاحبِ «الهدايةِ»: ([اللَّقِيطُ][1] يُسَمَّىٰ بِهِ بِاعْتِبَارِ مَآلِهِ ؛ لِمَا أَنَّهُ يُلْقَطُ) ، **معناه:** أن اللَّقِيطَ بمعنىٰ ملْقُوطٍ ، فَعِيلٌ بمعنىٰ مفعولٍ ، وهو ليس بمَلْقوطٍ في

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» .

. . . .

الحالِ، وإنما سُمِّيَ باعتبار المآلِ والعاقبةِ؛ لأنه سَيُلْقَطُ.

ثم هو: اسمٌ في الشريعةِ لِمَا يُوجَدُ مطروحًا علىٰ الأرضِ مِن صغارِ بني آدمَ.

واللُّقَطَةُ: اسمٌ لِمَا يُوجَدُ مطروحًا علىٰ الأرضِ مِن الأموالِ.

قال في «التحفة»: «**اللَّقِيطُ** [يُساوِي][1] الصبيَّ الذي [هو][2] ليس بلَقِيطٍ في عامَّةِ الأحكامِ، وله أحكامٌ علىٰ الخصوصِ:

منها: أن التقاطَه واجبٌ علىٰ كلِّ مَن وجَدَه؛ لأن في تَرْكِه ضياعَه، فيَجِبُ عليه صيانتُه.

ومنها: أنه إذا التقَطه فإنْ شاء تَبَرَّع بتربيَتِه والإنفاقِ عليه، وإنْ شاء رفَع الأمرَ إلىٰ السُّلْطَانِ؛ ليأمُرَ بتربيَتِه أحدًا بمالِ بيتِ المالِ، والإنفاقِ عليه إذا لَمْ يَكُنْ له مالٌ، فإنْ كان معَهُ مالٌ؛ كان نفقتُه [منه][3]، ولو أنفق المُلْتَقِطُ ليَرْجِعَ عليه بعدَ بلوغِه إنْ كان بإذْنِ القاضي؛ يَرْجِعُ، وإلا فلا.

ومنها: أن الولايةَ عليه للسُّلْطَانِ في حقِّ الحِفْظِ، وفي حقِّ التزْويجِ.

ومنها: أن ولاءَهُ لبيْتِ المالِ، ويَكُونُ عَقْلُه علىٰ بيتِ المالِ، وكذلك ميراثُه لبيْتِ المالِ إذا لَمْ يَظْهَرْ له وَارِثٌ، ومنها: أنه حُرٌّ». هذا حاصلُ ما قاله في «**التحفة**»[4].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن». وليست في المطبوع مِن «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٣٥].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٣٥١ ـ ٣٥٢].

قَالَ: اللَّقِيطُ حُرٌّ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي بَنِي آدَمَ إِنَّمَا هُوَ الْحُرِّيَّةُ، وَكَذَا الدَّارُ دَارُ الْأَحْرَارِ؛ وَلِأَنَّ الْحُكْمَ لِلْغَالِبِ ....

قولُه: (قَالَ: اللَّقِيطُ حُرٌّ)، أي: قال القُدُورِيُّ في [٤/٤٣٥و/م] «مختصره»[١]، وهذا: لما رُوِيَ في «الأصل»: «عن عليٍّ رضي الله عنه أنه قال: «اللَّقِيطُ حُرٌّ، وولاؤُه وعَقْلُه للمسلمين»[٢]، وعن عُمَر مِثْلُه[٣]، وعن شُرَيْحٍ[٤] وإبراهيمَ[٥] [مِثْلُه][٦]»[٧]، ولأن الأصلَ هو الحُرِّيَّةُ، والرِّقُّ بعارضِ الكفرِ، ولَمْ يُوجَدِ العارضُ؛ فوجَبَ العملُ بالأصلِ، فاعْتُبِر مسلمًا تبعًا لدارِ الإسلامِ.

قال في «شرح [٢/٢و] الطَّحَاوِيِّ»: «اللَّقِيطُ حُرٌّ في جميعِ أحكامِه، حتى إنَّ قاذفَهُ يُحَدُّ، وقَاذفُ أُمِّهِ لا يُحَدُّ، وتَجُوزُ شهادَتُه بعدَ البلوغ إذا كان عدلًا، ويَصِحُّ تدبِيرُه وإعتاقُه وكِتَابتُه، والجنايةُ عليه وله كالجنايةِ على الأحرارِ»[٨].

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٤].

(٢) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/ ١٦١٨٤]، وابن أبي شيبة [رقم/ ٢١٨٩٩]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٦/٢٠٢]، عن علِيّ رضي الله عنه أنه سُئِلَ عَنْ لَقِيطٍ، فَقَالَ: «هُوَ حُرٌّ، عَقْلُهُ عَلَيْهِمْ، وَوَلَاؤُهُ لَهُمْ». لفْظ عبد الرزاق.

(٣) أخرجه: مالك في «الموطأ» [٢/٧٣٨]، وعنه الشافعي في «مسنده/ ترتيب السندي» [رقم/ ١١٠٠]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» [٦/٢٠١]، عَنِ ابْنِ شِهَابٍ، عَنْ سُنَيْنٍ أَبِي جَمِيلَةَ ـ رَجُلٌ مِنْ بَنِي سُلَيْم ـ: «أَنَّهُ وَجَدَ مَنْبُوذًا فِي زَمَانِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، قَالَ: فَجِئْتُ بِهِ إِلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه...». وفيه: «فَقَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ: اذْهَبْ فَهُوَ حُرٌّ وَلَكَ، وَلَاؤُهُ وَعَلَيْنَا نَفَقَتُهُ».

(٤) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/ ١٦١٨٩]، مِن طريق الْحَكَمِ بْنِ عُتَيْبَةَ: أَنَّ امْرَأَةً الْتَقَطَتْ صَبِيًّا، ثُمَّ جَاءَتْ شُرَيْحًا تَطْلُبُ نَفَقَتَهُ فَقَالَ: «لَا نَفَقَةَ لَكِ». قَالَ: «وَوَلَاؤُهُ لَكِ».

(٥) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ٢١٨٩٤]، وعبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/ ١٦١٨٧]، عن إبراهيم النخعي رحمه الله أنه قال في اللَّقِيطِ: «هُوَ حُرٌّ».

(٦) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٧) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥/٢٤٢/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٨) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيُّ [ق/ ٢٩٦].

وَنَفَقَتُهُ من[1] بَيْتِ الْمَالِ، هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ عُمَرَ وعَلِيٍّ رضي الله عنهما، وَلِأَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ

قولُه: (وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2]، وهذا: لما رُوِيَ في كُتُبِ أصحابِنا: أنَّ رجلًا وجَدَ مَنْبُوذًا فأتَىٰ به عُمَر، فقال: عُمَر رضي الله عنه: «نفقتُه علينا وهو حُرٌّ»[3]، ولأنه مسلمٌ فقيرٌ، ليس بقادرٍ علىٰ الكسبِ، ولا قَرَابةَ بينَهُ وبينَ المُلْتَقِطِ أو غيرِه، فوجَبَ نفقتُه في بيتِ المالِ كسائرِ فقراءِ المسلمين، ولأن إرْثَهُ لبَيْتِ المالِ، فتكُونُ مُؤْنتُهُ فيه أيضًا؛ لأنَّ الغُرْمَ بِالغُنْمِ، ولهذا إذا جنَىٰ جنايةً خطأً علىٰ إنسانٍ؛ يَكُونُ عَقْلُه في بيتِ المالِ، ولو أنفَق عليه المُلْتَقِطُ؛ فهو مُتطوِّع، إلا أن يَأْمُرَهُ القاضي بذلك، علىٰ أن يَكُونَ دَيْنًا عليه، فهو دَيْنٌ عليه إذا كَبِر؛ لأنه أنفَق عليه بأمْرِ مَن يَلِي عليه.

وإنْ أمرَه القاضي بذلك مطلقًا، ولَمْ يَقُلْ علىٰ أن يَكُونَ دَيْنًا عليه: ذكَر في «العِصَامِ»[4]: «أنه يَكُونُ دَيْنًا عليه، ويرْجعُ عليه».

وذكَر في «الكافي»[5]: أنه لا يَكُونُ دَيْنًا عليه، ولا يَرْجعُ عليه، وهذا أصحُّ؛ لأن الأمرَ المُطْلَقَ مُحْتَمَلٌ، قد يَكُونُ للحَثِّ في تمامِ ما شُرِعَ فيه مِن التبرُّعِ، وقد

(١) فِي حاشية الأَصْل: «خ، أصح: عن».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٤].
(٣) مضىٰ تخريجه قريبًا.
(٤) أي: مختصر العِصَام. كذا جاء في حاشية: «ك»، و«غ».
قلنا: «مختصر العِصَام»: هو «مختصر كتاب الأصل/ لمحمد بن الحسن الشيباني»، لأبي عِصْمة عِصَام بن يوسف بن مَيْمون بن قُدَامَة البَلْخِيّ. وتوجد منه نسخة مخطوطة محفوظة في مكتبة جار الله أفندي (بتركيا). ينظر: «معجم التاريخ التراث الإسلامي في مكتبات العالم» [ص/ ١٣٣٠].
وهذا «المختصر» لا ينقل منه متأخروا الحنفية، ولا يكاد يعرفه أكثرهم أصلًا، وإنما وقَع النقلُ منه في كُتُب المتقدِّمين خاصة، كصاحب «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيّة»، و«الفتاوىٰ الظهيرية»، و«الفتاوىٰ البرهانية»، وغيرهم.
(٥) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٤٨].

التَّكَسُّبِ وَلَا مَالَ لَهُ وَلَا قَرَابَةَ ، فَأَشْبَهَ الْمُقْعَدَ الَّذِي لَا مَالَ لَهُ ؛ وَلِأَنَّ مِيرَاثَهُ لِبَيْتِ الْمَالِ ، وَالْخَرَاجِ بِالضَّمانِ ؛ وَلِهَذَا كَانَتْ جِنَايَتُهُ فِيهِ ، وَالْمُلْتَقِطُ مُتبرِّعٌ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ لِعَدَمِ الْوِلَايَةِ ، إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ الْقَاضِي بِهِ لِيَكُونَ دَيْنًا عَلَيْهِ لِعُمُومِ الْوِلَايَةِ.

غاية البيان

يَكُونُ للرجوعِ ، وإنما يَزُولُ على هذا الاحتمالِ إذا شُرِطَ أن يَكُونَ دَيْنًا عليه ، وإنْ كان معَ اللَّقِيطِ مالٌ أو دابَّةٌ ؛ فهو له يُنْفَقُ عليه منه بأمْرِ القاضي ؛ لأن اللَّقِيطَ حُرٌّ ، وما في يدِه فهو له [٤/٤٣٥ظ/م] بظاهرِ يدِه . كذا ذَكَر في «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيُّ»[١].

قولُه: (فَأَشْبَهَ الْمُقْعَدَ الَّذِي لَا مَالَ لَهُ) ، أي: أشبَه اللَّقِيطُ المُقْعَدَ الذي لا مالَ له ، يعني: إذا لَمْ يُوجَدْ له قَرابةٌ مِن أحدٍ ، حيثُ يَجِبُ نَفَقَتُهُ في بيتِ المالِ ، فكذا اللَّقِيطُ .

قولُه: (وَالْخَرَاجِ بِالضَّمانِ[٢]) .

قال في «المغرب»: «الخراجُ ما يَخْرُجُ مِن غَلَّةِ الأرضِ ، أو الغلامِ[٣] ، ومنه: الخَرَاجُ بالضَّمانِ . أي: الغلَّةُ بسببِ أنْ ضَمِنَتْه[٤]»[٥] .

يعني: أن مِيرَاثَ اللَّقِيطِ لَمَّا كان لبيتِ المالِ ؛ كان مُؤْنَةُ نفقَتِه في بيتِ المالِ ؛ لأن الغُرْمَ بِالغُنْمِ .

قولُه: (وَالْمُلْتَقِطُ مُتبرِّعٌ) بيانُه مَرَّ . يُقَالُ: بَرُعَ - بضمِّ العينِ - بَرَاعةً ؛ فهو

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٢/٣٦٤] .
(٢) يُنْظَر بيانُ الخَرَاج بالضمان: في كتاب الوقف مِن شَرْحنا هذا عند قوله: (الْوَاجِبُ أَنْ يَبْتَدِئَ مِن ارْتِفَاعِ الْوَقْفِ بِعِمَارَتِهِ) . كذا جاء في حاشية: «ك» ، و«م» ، و«غ» .
(٣) وقع بالأصل: «والغلام» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» . وهو الموافق لِمَا وقَع في «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/٢٤٩] .
(٤) وقع بالأصل: «ضمينه» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» .
(٥) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/٢٤٩] .

قَالَ: فَإِنِ الْتَقَطَهُ رَجُلٌ؛ لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ حَقُّ الْحِفْظِ لَهُ لِسَبْقِ يَدِهِ، فَإِنِ ادَّعَىٰ مُدَّعٍ أَنَّهُ ابْنُهُ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ، مَعْنَاهُ إِذَا لَمْ يَدَّعِ الْمُلْتَقِطُ

غاية البيان

بارعٌ، إذا فَضَلَ علىٰ أقرانِه، ومنه: تبرَّع[1] بالجُودِ، أي: تفضَّل.

قولُه: (قَالَ: فَإِنِ الْتَقَطَهُ رَجُلٌ؛ لَمْ يَكُنْ لِغَيْرِهِ أَنْ يَأْخُذَهُ مِنْهُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[2]، **وذلك:** لأنَّ يدَ المُلْتَقِطِ سبقَتْ إليه، فكان أَوْلَىٰ به لسَبْقِه، كما في سائرِ المباحاتِ، ولأن الالتقاطَ سببُ الإحياءِ، فمن وُجِدَ ذلك مِن جهَتِه؛ كان أَوْلَىٰ مِن غيرِه كالولادةِ.

قولُه: (فَإِنِ ادَّعَىٰ مُدَّعٍ أَنَّهُ ابْنُهُ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ)، هذا لَفْظُ القُدُوريِّ في «**مختصره**»[3].

قال صاحبُ «الهداية»: (**مَعْنَاهُ: إِذَا لَمْ يَدَّعِ الْمُلْتَقِطُ نِسْبَتَهُ**)، وإنما شرَطَ هذا؛ لأن الذي في يديْه إذا ادَّعاه معَ دعوىٰ غيرِه [معًا][4]، أو قبْلَ دعوىٰ غيرِه؛ فهو ابنُ الذي هو في يديْه، أمَّا إذا لَمْ يَدَّعِه مَن هو في يدَيه؛ فهو ابنُ المدَّعِي، سواءٌ صدَّقه الذي هو في يديْه أو كذَّبه. كذا ذكَر الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «**مختصره**»[5]، وهذا الذي ذكَره القُدُورِيُّ استحسانًا (**وَالْقِيَاسُ أَلَّا يُقْبَلَ قَوْلُهُ**)؛ لأن دعواه تَتَضَمَّنُ إبطالَ ما ثبَتَ للمُلْتَقِطِ مِن حقِّ الحِفْظِ، وما لعامَّةِ المسلمين مِن الولاءِ، فلا يُقْبَلُ مِن غيرِ بيِّنة[6].

---

(١) وقع بالأصل: «تنوع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٤].

(٣) ينظر: المصدر السابق.

(٤) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٣٩٣].

(٦) ينظر: «تبيين الحقائق» [٢٩٨/٣]، «العناية شرح الهداية» [١٠٩/٦]، «الجوهرة النيرة» [٤٤/٢]، «مجمع الأنهر» [٧٠٢/١]، «البحرالرائق» [١٥٦/٥]، «اللباب في شرح الكتاب» [٢٠٥/٢].

نَسَبَهُ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ أَلَّا يُقْبَلَ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَضَمَّنُ إِبْطَالَ حَقِّ الْمُلْتَقِطِ، وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ إِقْرَارٌ لِلصَّبِيِّ بِمَا يَنْفَعُهُ؛ لِأَنَّهُ يَتَشَرَّفُ بِالنَّسَبِ وَيُعَيَّرُ بِعَدَمِهِ، ثُمَّ قِيلَ: يَصِحُّ فِي حَقِّهِ دُونَ إِبْطَالِ يَدِ الْمُلْتَقِطِ، وَقِيلَ: يُبْتَنَىٰ عَلَيْهِ بُطْلَانُ يَدِهِ، وَلَوِ ادَّعَاهُ الْمُلْتَقِطُ، قِيلَ: يَصِحُّ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ

غاية البيان

وَوَجهُ الاستحسانِ: أن يدَ المُلْتَقِطِ ليستْ بمُسْتَحِقَّةٍ، وهي ضعيفةٌ، يُمْكِنُ للحاكمِ إزالتُها [٤/٤٣٦و/م] إذا رأىٰ المصلحةَ فيها، وفي دعوىٰ الخارجِ نسَبَ اللَّقِيط نفْعٌ[1] له، مِن حيثُ وجوبُ النفقةِ والحضانةِ [٢/٢ظ]، فقُبِلَ قولُه.

ثم اختلَف المشايخُ فقال بعضُهم: يُقْبَلُ قولُه في حقِّ ثبوتِ النَّسَبِ، لا في إبطالِ يدِ المُلْتَقِطِ.

وقال بعضُهم: يُقْبَلُ فيهما جميعًا؛ لأن مِن ضرورةِ ثبوتِ نسَبِ اللَّقِيطِ مِن الخارجِ؛ بطلانُ يدِ المُلْتَقِطِ؛ لأن الأبَ أحقُّ بالولدِ مِن الأجنبيِّ، وهذا معنىٰ قولِه: (**يَنْبَنِي عَلَيْهِ بُطْلَانُ يَدِهِ**)، أي: يَنْبَنِي علىٰ ثبوتِ النَّسَبِ بطلانُ يدِ المُلْتَقِطِ.

قال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: فإن سبَق الذي هو في يديْه بالدعوىٰ أو الخارجُ؛ فهو للمدَّعِي الأوَّلِ منهما، إلا أن يُقِيمَ الآخرُ بَيِّنَةً أنه ابنُه، فيَكُونُ ابنَ الذي أقام البَيِّنَةَ دونَ المدَّعِي[2].

قولُه: (وَيُعَيَّرُ بِعَدَمِهِ)، أي: ويُذَمُّ اللَّقِيطُ بعدَمِ النَّسَبِ.

قولُه: (فِي حَقِّهِ)، أي: في حقِّ النَّسَبِ.

قولُه: (وَلَوِ ادَّعَاهُ الْمُلْتَقِطُ، قِيلَ: يَصِحُّ قِيَاسًا وَاسْتِحْسَانًا)، **والأصحُّ:** أنه

---

(١) وقع بالأصل: «يقع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٣٩٣].

عَلَىٰ الْقِيَاسِ وَالِاسْتِحْسَانِ وَقَدْ عُرِفَ فِي: «الْأَصْلِ».

وَإِنِ ادَّعَاهُ اثْنَانِ، وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ؛ فَهُوَ أَوْلَىٰ بِهِ؛ لِأَنَّ

غاية البيان

علىٰ القياسِ والاستحسانِ، ذكرَه صاحبُ «**الهداية**» تَفْريعًا لمسألةِ القُدُوريِّ، ولَمْ يَذْكُرِ الكَرْخِيُّ القياسَ والاستحسانَ، وإنما ذكرهما الطَّحاويُّ، فقال: «القياسُ أَلَّا تَصِحَّ دعواه إلا بِالْبَيِّنَةِ، وفي الاستحسانِ تَصِحُّ بغيرِ بَيِّنَةٍ»[(١)].

ثم اعلم: أن وَجْهَ القياسِ هنا غيرُ وَجْهِ القياسِ في دعوىٰ الأجنبيِّ.

بيانُه: أن دعوىٰ الأجنبيِّ إنما تَصِحُّ قياسًا للزومِ بُطلانِ حقِّ المُلْتَقِطِ، ودعوىٰ المُلْتَقِطِ إنما لا تَصِحُّ قياسًا؛ لتناقُضِ كلامِه؛ لأنه لَمَّا زعَم أنه لَقِيطٌ؛ كان نافيًا نِسْبَتَهُ؛ لأن ابنَه لا يَكُونُ لَقِيطًا في يدِه، ثم لَمَّا ادَّعَىٰ أنه ابنُه؛ كان مناقِضًا لا محالَةَ.

وَجْهُ الاستحسانِ: ظاهرٌ، وهو أن فيه نفْعًا للصبيِّ من حيثُ وجوبُ النفقةِ، والحضانةُ، وثبوتُ النَّسَبِ، ويحْصُلُ له الشرفُ بذلك، وما قيل مِن التناقُضِ في وَجْهِ القياسِ ليس بمُعْتَبَرٍ؛ لاشتباهِ[(٢)] الحالِ، فربما [٤/٤٣٦ظ/م] يَكُونُ الصبيُّ مَنْبُوذًا لبعضِ الحوادثِ، فيَظُنُّ الْمُلْتَقِطُ أنه لَقِيطٌ، ثم يَسْتَبِينُ أنه ولدُه، فلا تَنَاقُضَ إذَنْ.

قولُه: (وَقَدْ عُرِفَ فِي «الْأَصْلِ»)، أي: في «**المبسوط**»[(٣)]، وبيانُه هو ما ذكَرْناه.

قولُه: (وَإِنِ ادَّعَاهُ اثْنَانِ، وَوَصَفَ أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فِي جَسَدِهِ؛ فَهُوَ أَوْلَىٰ [بِهِ][(٤)])، هذا إذا ادَّعَىٰ نسبَ الولدِ رجلان خارجان؛ لأنه إذا كان أحدُهما ذا اليدِ؛ كان هو أَوْلَىٰ به، إلا إذا أَقامَ الآخرُ البَيِّنَةَ.

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ١٤١].

(٢) وقع بالأصل: «لاستثناه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥/٢٤٣/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ لِمُوَافَقَةِ الْعَلَامَةِ كَلَامَهُ، وَإِنْ لَمْ يَصِفْ [٢٣٣/و] أَحَدُهُمَا عَلَامَةً فَهُوَ ابْنُهُمَا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي السَّبَبِ، وَلَوْ سَبَقَتْ دَعْوَةُ أَحَدِهِمَا فَهُوَ ابْنُهُ؛ لِأَنَّهُ

غاية البيان

قال الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ: ولو ادَّعاه رجلان أنه ابنُهما، فإنْ كان أحدُهما مسلمًا والآخرُ ذِمِّيًّا؛ فإنه يُقْضَى به للمسلمِ، وإنْ كانا[1] مسلِمَيْن، فأيُّهما أقامَ البَيِّنَةَ؛ قُضِيَ له، ولو أقاما جميعًا البَيِّنَةَ قُضِيَ لهما، ولو لَمْ يُقِيما البَيِّنَةَ غيرَ أن أحدَهُما وصَفَ في جسَدِهِ علاماتٍ فأصاب، والآخرُ لَمْ يَصِفْ؛ فإنه يُجْعَلُ ابنَ الواصفِ، ولو لَمْ يَصِفْ كلُّ واحدٍ منهما؛ فإنه يُجْعَلُ ابنَهما، وذلك لأن العَلَامَةَ تَصْلُحُ أن تكُونَ مُرجِّحةً، كما في متاعِ البيتِ»[2].

وقيل: إنْ خالَف بعضَ العلامةِ، ووافَقَ البعضَ، لا يُرَجَّحُ به للمُعارضةِ. كذا ذكَر البَيْهَقِيُّ في «**كفايته**».

والذي يُؤَكِّد ذلك: قولُه تعالى: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٢٦ وَإِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [يوسف: ٢٦ - ٢٧].

قال الشيخُ أبو نصرٍ البَغْدَاديُّ رحمه الله: لا يُشْبِهُ هذا إذا ادَّعَى رجلان عبْدًا في يدِ غيرِهما، ووصَف أحدُهما علامةً؛ أنه لا يَسْتَحِقُّ بالعلامةِ شيئًا؛ لأنَّ العلامةَ تَدُلُّ على يدٍ كانت، ويدٌ كانت لا يَسْتَحِقُّ بها، أَلَا تَرَى أنه لو أَقام المدَّعِي البَيِّنَةَ: أن العبدَ كان في يدِه؛ لَمْ يَسْتَحِقَّ العبدَ بذلك، ولو أقام أحدُ مَدَّعِيَيْ نسَبَ اللَّقِيطِ البَيِّنَةَ: أنه كان في يَدِهِ [٣/٢و] قَبْلَ ذلك؛ كان أحقَّ به، فكذلك أيضًا يَكُونُ أَوْلَى به

(١) وقع بالأصل: «كانوا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا في «شرح الطَّحَاويّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق٢٩٧/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

(٢) ينظر: «شرح الطَّحَاويّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق٢٩٧/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

ثَبَتَ حَقُّهُ فِي زَمَانٍ لَا مُنَازِعَ[1] لَهُ فِيهِ إِلَّا إِذَا أَقَامَ الْآخَرُ الْبَيِّنَةَ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ أَقْوَىٰ.

لأجْلِ العَلامةِ التي تَدُلُّ علىٰ تَقَدُّمِ اليدِ[2].

وهذا بخلافِ ما إذا لَمْ يَصِفْ [٤/٤٣٧و/م] واحدٌ منهما ؛ [حيثُ][3] يَكُونُ اللَّقِيطُ ابنَهما ؛ لتساويهما في سببِ الاستحقاقِ ، وهو الدعوىٰ ، إلا إذا أقام الآخرُ البَيِّنَةَ ، فكان أَوْلَىٰ لتأيُّدِ دعْوَاه بِالحُجَّةِ.

وقال في «شرح الطَّحاويِّ»: وإنْ كان المدَّعِي أكثرَ مِنَ اثنين: رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أنه جَوَّزَ إلىٰ خمسةٍ.

وقال أبو يوسفَ: يَثْبُتُ مِنِ اثنين ، ولا يَثْبُتُ مِن أكثرَ من ذلك.

وعن محمَّدٍ أنه قال: أُجَوِّزُ من ثلاثةٍ ، ولا أُجَوِّزُ أكثرَ من ذلك[4].

وقال في «الشامل» في قِسمِ «المبسوط»: ادَّعَتْهُ امرأةٌ: أنه ابنُه ؛ لَمْ يُقْبَلْ إلا ببَيِّنَةٍ ؛ لأن في دعوىٰ المرأةِ حمْلَ النَّسَبِ علىٰ الزوجِ ، وإذا ادَّعَتْه امرأتان ، وأقامَتا البَيِّنَةَ ؛ فهو ابنُهُما عندَ أبي حنيفَةَ في روايةِ أبي حفصٍ.

وعندَهُما: لا يَكُونُ ابنَ واحدةٍ منهما ، وهو روايةُ أبي سليمان عن أبي حَنِيفَةَ أيضًا[5].

لهما: مُحالٌ كونُه مولودًا منهما.

ولأبي حَنِيفَةَ: جُعِلَ مجازًا عن دعوىٰ الإرثِ والتربيةِ ، وهو من أحكامِ

(١) فِي حاشية الْأَصْل: «خ ، أصح: مزاحم».

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١ق/ ٤٢٣].

(٣) ما بين المعقوفتين سقطت من «م».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٩٧].

(٥) ينظر: «الشامل في شرْح المجرد» لشمس الأئمة البيهقي [ق٩٠/ب/ مخطوط مكتبة ولِيّ الدين أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٤٠)].

وَإِذَا وُجِدَ فِي مِصْرٍ مِن أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ، أَوْ فِي قَرْيَةٍ مِن قُرَاهُمْ، فَادَّعَىٰ ذِمِّيٌّ أَنَّهُ ابْنُهُ؛ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَكَانَ مُسْلِمًا وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ؛ لِأَنَّ دَعْوَاهُ تَضْمَنُ

غاية البيان

النَّسبِ، كما في حقِّ الرَّجُلَيْن.

وقال في «**وجيزهم**»: «ولو ازدحم اثنان؛ قُدِّمَ مَن سبَق، فإنِ استوَيَا؛ قُدِّمَ الغنِيُّ[١] علىٰ الفقيرِ، والبَلَدِيُّ علىٰ القَرَوِيِّ، والقَرَوِيُّ علىٰ البَدَوِيِّ، وكلُّ ذلك نظَرًا للصبيِّ، وظاهرُ العدالةِ: يُقَدَّمُ علىٰ المستورِ في أحسنِ الوجهَيْن، فإنْ تسَاوَيَا مِن كلِّ وَجْهٍ؛ أُقْرِعَ بينَهُما، وسُلِّم إلىٰ مَن خرَجَتْ قُرْعتُه»[٢]. إلىٰ هنا لفْظُ «**الوجيز**».

قولُه: (وَإِذَا وُجِدَ فِي مِصْرٍ مِن أَمْصَارِ الْمُسْلِمِينَ، أو فِي قَرْيَةٍ مِن قُرَاهُمْ، فَادَّعَىٰ [ذِمِّيٌّ][٣] أَنَّهُ ابْنُهُ؛ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ، وَكَانَ مُسْلِمًا)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[٤]، وهذا **الاستحسانُ**[٥].

والقياسُ: ألَّا يَثْبُتُ نسبُه مِن الذِّمِّيِّ؛ لأن المَنْبُوذَ في دارِ الإسلامِ محكُومٌ عليه بالإسلامِ؛ بدليلِ الصلاةِ عليه إذا مات، ودَفْنِه في مقابرِ المسلمين، وإذا ثبَتَ إسلامُه [٤/٤٣٧ظ/م] بحُكْمِ دارِ الإسلامِ، لا يُصَدَّقُ الذِّمِّيُّ علىٰ دعواه؛ لأن كلَّ مولودٍ يُولَدُ علىٰ الفِطْرةِ، فأبَوَاه يُهَوِّدَانِه، ويُنَصِّرَانِه، ويُمَجِّسَانِه.

وجهُ الاستحسانِ: أن دعواه تَضَمَّنَتْ شيئَيْن: النَّسَبَ، وإبطالَ الإسلامِ.

فالأوَّلُ: يَصِحُّ؛ لأن فيه نفْعًا للصبيِّ من حيثُ وجوبُ النفقةِ والحضانةُ.

---

(١) في «الوجيز»: «قُدِّمَ الغَنِيُّ (و)». ويعني بـ: (و): الرمزَ به إلىٰ وجهٍ أو قولٍ بعيد مُخَرَّج لأصحاب الشافعي، كما نصَّ علىٰ ذلك في المقدمة. ينظر: «الوجيز/ مع شرح الرافعي» للغزالي [١/٥].

(٢) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» لأبي حامد الغزالي [٦/٣٨٢].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٤].

(٥) ينظر: «بدائع الصنائع» [٥/٢٩١]، «الجوهرة النيرة» [١/٤٥٧]، «المحيط البرهاني» (٨/١٥٤).

النَّسَبَ، وَهُوَ نَافِعٌ لِلصَّغِيرِ، وَإِبْطَالُ الْإِسْلَامِ الثَّابِتِ بِالدَّارِ وَهُوَ يَضُرُّهُ فَصَحَّتْ دَعْوَتُهُ فِيمَا يَنْفَعُهُ دُونَ مَا يَضُرُّهُ.

وَإِذَا وُجِدَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ قُرَىٰ أَهْلِ الذِّمَّةِ، أَوْ فِي بِيعَةٍ أَوْ كَنِيسَةٍ؛ كَانَ ذِمِّيًّا

غاية البيان

والثاني: لا يَصِحُّ؛ لأن فيه ضررًا للصبيِّ، ولا يَمْتَنِعُ أن يَكُونَ للذِّمِّيِّ ولدٌ مسلمٌ، ولهذا يَكُونُ ولدُه مسلمًا إذا أسلمَتْ أُمُّهُ.

قال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: قال ابنُ سَماعةَ عن محمدٍ في «**النوادر**»: «في الرَّجُلِ يَلتَقِطُ اللَّقِيطَ، فيَدَّعيه نَصْرَانِيٌّ، قال: فهو ابنُه، وهو مسلمٌ، وإنْ كان عليه زِيُّ الإسلامِ، فإني أجعلُه مسلمًا، وأُثْبِتُ نسبَه مِن النَّصْرَانِيِّ؛ لأن ذلك لا يضُرُّه، ويُنْفِقُ عليه، قال: وإنْ كان عليه زِيُّ الشِّرْكِ؛ فهو ابنُه، وهو نَصْرَانِيٌّ علىٰ دينِه، وذلك أن يَكُونَ في رقبَتِه صَلِيبٌ، وعليه قميصُ دِيبَاجٍ، ووسْطَ رأسِه مَجْزُوزٌ»[(١)]، إلىٰ هنا لفْظُه رَحِمَهُ اللهُ.

قولُه: (**فِيمَا يَنْفَعُهُ**)، وهو الإسلامُ.

قولُه: (**دُونَ مَا يَضُرُّهُ**) وهو إبطالُ الإسلامِ.

قولُه: (**وَإِذَا وُجِدَ فِي قَرْيَةٍ مِنْ قُرَىٰ أَهْلِ الذِّمَّةِ، أو فِي بِيعَةٍ أو كَنِيسَةٍ؛ كَانَ ذِمِّيًّا**)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[(٢)]، **وذلك** لأنه لَمَّا وُجِدَ في مواضعَ مختصَّةٍ بهم؛ كان الظاهرُ مِن حالِه أنه منهم، فكان ذِمِّيًّا، وإنْ كان في حَيِّزِ الجوازِ أنْ يَكُونَ مِن غيرِهم، ولهذا يُحْكَمُ بِكُفْرِ مَنْبُوذٍ وُجِدَ في دارِ الحربِ بدلالةِ الظاهرِ، وإنْ جاز أن يَكُونَ ولدَ مسلمٍ تاجرٍ أو [٢/ق٣/أ] أسيرٍ.

وهذا الذي ذكَره فيما إذا وَجَده ذِمِّيٌّ في مواضعِ أهلِ الذِّمَّةِ روايةً واحدةً، أَمَّا

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٣٩٤].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٤].

وَهَذَا الْجَوَابُ فِيمَا إِذَا كَانَ الْوَاجِدُ ذِمِّيًّا رِوَايَةً وَاحِدَةً، وَإِنْ كَانَ الْوَاجِدُ مُسْلِمًا فِي هَذَا الْمَكَانِ أَوْ ذِمِّيًّا فِي مَكَانِ الْمُسْلِمِينَ اخْتَلَفَتْ الرِّوَايَةُ فِيهِ، فَفِي رِوَايَةِ كِتَابِ اللَّقِيطِ اعْتُبِرَ الْمَكَانُ لِسَبْقِهِ، وَفِي كِتَابِ الدَّعْوَىٰ فِي بَعْضِ النُّسَخِ

غاية البيان

إذا وَجدَه مسلمٌ في مواضِعِهم؛ فقال في «شرح الطَّحاويِّ»[1]: «قد اختلفَتِ الروايةُ فيه، في روايةِ «كتابِ اللَّقِيطِ»: اعْتُبِرَ المكانُ، وفي روايةِ «كتابِ الدَّعوىٰ»: اعْتُبِرَ [٤/٤٣٨و/م] الإسلامُ؛ أي: اعْتُبِرَ ما يُوجِبُ الإسلامَ، أيُّهما كان مِن المكانِ والواجِدِ[2]، وفي روايةِ ابنِ سَمَاعَةَ عن محمدٍ: اعْتُبِرَ الواجِدُ»[3].

وَجهُ الأوَّلِ: القياسُ علىٰ ما إذا وُجِدَ في دارِ الحربِ، حيثُ لا يَكُونُ مسلمًا، وهذا لأن المكانَ سابقٌ، والسبْقُ مِن أسبابِ الترجيحِ.

ووجهُ الثاني: النظرُ للصبيِّ.

ووجهُ الثالثِ: أنه كالمباحاتِ التي تُسْتَحَقُّ بسَبْقِ اليدِ، فكان اعتبارُ الواجِدِ أَوْلَىٰ، ولأنَّ اعتبارَ اليدِ أقوىٰ مِن اعتبارِ المكانِ؛ كالصبيِّ المَسْبِيِّ معَ أحدِ أبوَيْه؛ يُعْتَبرُ كافرًا به، لا مسلمًا بدارِ الحربِ.

وقال في «كفاية البَيْهَقِيّ»: قيل: يُعْتَبرُ السِّيمَاءُ[4] والزِّيُّ؛ لأنه حُجَّةٌ، لقولِه تعالىٰ: ﴿تَعۡرِفُهُم بِسِيمَٰهُمۡ﴾ [البقرة: ٢٧٣]. وقال تعالىٰ: ﴿يُعۡرَفُ ٱلۡمُجۡرِمُونَ بِسِيمَٰهُمۡ﴾ [الرحمن: ٤١].

قولُه: (فِي بَعْضِ النُّسَخِ) أي: نُسَخِ «المبسوط».

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٩٦].

(٢) وقع بالأصل: «من المكان الواجد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ينظر: «المبسوط» [٢١٥/١٠]، «المحيط البرهاني» [٤٢٥/٥]، «تبيين الحقائق» [٢٩٩/٣]، «مجمع الأنهر» [٧٠٢/١]، «حاشية الشرنبلالي علىٰ درر الحكام» [١٣٠/٢].

(٤) السِّيمَاءُ: العلامة.

اعْتُبِرَ الْوَاجِدُ، وَهُوَ رِوَايَةُ ابْنِ سَمَاعَةَ عَنْ مُحَمَّدٍ رحمه الله؛ لِقُوَّةِ الْيَدِ، أَلَّا تَرَىٰ أَنَّ تَبَعِيَّةَ الْأَبَوَيْنِ فَوْقَ تَبَعِيَّةِ الدَّارِ، حَتَّىٰ إِذَا سُبِيَ مَعَ الصَّغِيرِ أَحَدُهُمَا يُعْتَبَرُ كَافِرًا، وَفِي بَعْضِ نُسَخِهِ اعْتُبِرَ الْإِسْلَامُ نَظَرًا لِلصَّغِيرِ.

وَمَنِ ادَّعَىٰ أَنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ حُرٌّ ظَاهِرًا إِلَّا أَنْ يُقِيمَ

غاية البيان

قولُه: (وَفِي بَعْضِ نُسَخِهِ) أي: نُسَخِ «كتابِ الدعوىٰ» مِن «**المبسوط**».

قال في «**الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيُّ**»: «فالحاصلُ أن هذه المسألةَ علىٰ أربعةِ أوجهٍ:

أحدُها: أن يَجِدَهُ مسلمٌ في مكانِ المسلمين؛ كالمسجدِ ونحوِه، فيَكُونُ محكومًا بإسلامِه.

والثاني: أن يَجِدَهُ كافرٌ في مكانِ أهلِ الكفرِ؛ كالبِيعَةِ والكَنِيسَةِ، فيَكُونُ محكومًا له بالكفرِ.

والثالثُ: أن يَجِدَهُ كافرٌ في مكانِ المسلمين.

والرابعُ: أن يَجِدَهُ مسلمٌ في مكانِ الكفَّارِ.

وفي هذين الوجهين: اختلفَتِ الرواياتُ، **في روايةٍ**: يُعْتَبرُ المكانُ. **وفي روايةٍ**: يُعْتَبرُ الواجدُ. **وفي روايةٍ**: يُعْتَبرُ ما يُوجِبُ الإسلامَ أيُّهما كان، فعلىٰ هذه الروايةِ: يُحْكَمُ بإسلامِه في هذَيْن الوجهَيْن»[١].

قولُه: (وَمَنِ ادَّعَىٰ أَنَّ اللَّقِيطَ عَبْدُهُ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ)، هذا لفْظُ القُدُوريِّ في «**مختصره**»[٢]، وذلك أن الأصلَ في بَنِي آدمَ الحُرِّيَّةُ؛ لأن الناسَ كلَّهُم أولادُ آدمَ وحوَّاءَ - عليهما السلام -، و[هما][٣] كانا مسلمَيْن حُرَّيْن، فكان أولادُهما أحرارًا تبَعًا

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٢/ ٣٦٥].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٤].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ عَبْدُهُ، فَإِنِ ادَّعَىٰ عَبْدٌ أَنَّهُ ابْنُهُ؛ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ يَنْفَعُهُ، وَكَانَ حُرًّا؛ لِأَنَّ الْمَمْلُوكَ قَدْ تَلِدُ لَهُ الْحُرَّةُ، فَلَا يَبْطُلُ الْحُرِّيَّةُ الظَّاهِرَةُ بِالشَّكِّ.

وَالْحُرُّ فِي دَعْوَةِ اللَّقِيطِ أَوْلَىٰ مِنَ الْعَبْدِ، وَالْمُسْلِمُ مِنَ الذِّمِّيِّ؛ تَرْجِيحًا لِمَا هُوَ الْأَنْظَرُ فِي حَقِّهِ.

غاية البيان

لهما، والرِّقُّ بعارضِ الكفرِ، فكانتِ الحُرِّيَّةُ [٤/٤٣٨ظ/م] هي الظاهرُ، والحُكْمُ بالظاهرِ [إلىٰ أن][1] يَثْبُتَ خلافُه بِالْبَيِّنَةِ.

فإن قيل: [البَيِّنَةُ][2] لا تَقُومُ إلا علىٰ خَصْمٍ مُنْكِرٍ، ولا خَصْمَ هنا.

قلْتُ: المُلْتَقِطُ خَصْمٌ؛ لأنه أحقُّ بحِفْظِه، ولا تَزُولُ يدُه إلا بِالْبَيِّنَةِ.

قولُه: (فَإِنِ ادَّعَىٰ عَبْدٌ أَنَّهُ ابْنُهُ؛ ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنْهُ)، وهذا لَفْظُ **القُدُورِيِّ** في «**مختصره**» وتمامُه فيه: «وكان حُرًّا»[3]، وذلك لأن دعواه تَضَمَّنَتْ شيئَيْن: النَّسَبَ والرِّقَّ، ففي الأوَّلِ: نَفْعُ الصبيِّ؛ لأنه يَحْصُلُ له الشرَفُ بثبوتِ النَّسَبِ، فيَثْبُتُ ذلك، وفي الثاني: ضرَرٌ، فلا يَثْبُتُ ذلك، ولأن الظاهرَ هو الحُرِّيَّةُ، كما بَيَّنَّا آنفًا، فلا يَبْطُلُ ذلك بالشكِّ.

قولُه: (وَالْحُرُّ فِي دَعْوَةِ اللَّقِيطِ أَوْلَىٰ مِنَ الْعَبْدِ، وَالْمُسْلِمُ مِنَ الذِّمِّيِّ؛ تَرْجِيحًا لِمَا هُوَ الْأَنْظَرُ فِي حَقِّهِ)، **أي:** في حقِّ اللَّقِيطِ، وإنما ذكَر هذا تفريعًا لمسألةِ القُدُوريِّ رحمه الله، ثم كونُ المسلمِ أَوْلَىٰ مِن الذِّمِّيِّ فيما [إذا][4] ادَّعَيا، وهما خارجان، أمَّا إذا كان أحدُهما ذا اليدِ؛ كان هو أَوْلَىٰ، وقد ذكَرْنا روايةَ **الكَرْخِيِّ** فيه

(١) **ما بين المعقوفتين:** في «م»: «إلا أن».
(٢) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٤].
(٤) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «م»، و«غ»، و«ك».

وَإِنْ وُجِدَ مَعَ اللَّقِيط مَالٌ مَشْدُودٌ عَلَيْهِ؛ فَهُوَ لَهُ؛ اعْتِبَارًا لِلظَّاهِرِ، وَكَذَا إِذَا

عندَ قولِه: (فَإِنِ ادَّعَىٰ مُدَّعٍ أَنَّهُ ابْنُهُ؛ فَالقَوْلُ قَوْلُهُ)، وكذا إذا ادَّعَىٰ الذِّمِّيُّ أنه ابنُه، وادَّعَىٰ المسلمُ أنه [عبْدُه][1]؛ كان ابنَ الذِّمِّيِّ؛ لأن دعوىٰ رِقِّ اللَّقِيطِ لا تَصِحُّ إلا بِالْبَيِّنَةِ، وقد مَرَّ ذلك قَبْلَ هذا.

قال في «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيُّ» [٢/٤٤و]: «ولو وجَدَ العبدُ اللَّقِيطَ، ولَمْ يُعْرَفْ ذلك إلا بقولِه، وقال المولىٰ: كذبْتَ، بل هو عبدِي؛ فالقولُ قولُ المولىٰ إنْ كان العبدُ مَحْجُورًا؛ لأن ما في يدِ المَحْجُورِ كأنه في يدِ المولىٰ؛ لأنه ليس له يدٌ علىٰ نفْسِه، فلهذا لو أَقَرَّ بعيْنٍ آخرَ في يدِه لغيرِ المولىٰ؛ لَمْ يَصِحَّ إقرارُه إذا كذَّبه المولىٰ، كما لو كان العينُ في يدِ المولىٰ، وإنْ كان مأذونًا له في التجارةِ؛ فالقولُ قولُ العبدِ؛ لأن للمأذونِ يدًا علىٰ نفسِه، ولهذا لو أَقَرَّ بعيْنٍ آخرَ في يدِه لغيرِ المولىٰ؛ يَصِحُّ إقرارُه، وإنْ كذَّبه المولىٰ، فيَكُونُ القولُ قولَه [٤/٤٣٩و/م] فيما في يدِه»[2].

قولُه: (وَإِنْ وُجِدَ مَعَ اللَّقِيط مَالٌ مَشْدُودٌ عَلَيْهِ؛ فَهُوَ لَهُ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «مختصره»[3]، وذلك لأنَّ اللَّقِيطَ في دارِ الإسلامِ لَمَّا كان حُرًّا؛ كان مِن أهلِ المِلْكِ، فما كان معَه كان له ظاهرًا لعدمِ اليدِ الثابتةِ عليه، أصلُه: القميصُ الذي عليه.

قال الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «وإذا وُجِدَ اللَّقِيطُ علىٰ دابَّةٍ؛ فالدابَّةُ له، ثم المُلْتَقِطُ يُنْفِقُ عليه مِن ذلك المالِ بأمْرِ القاضي؛ لعمومِ ولايةِ القاضي، وهذا لأنه نُصِبَ ناظرًا لأمورِ المسلمين، وهو ظاهرُ الروايةِ»[4].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الْوَلْوَالِجِيَّة» [٢/٣٦٤].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١٣٤].

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٤٨].

كَانَ مَشْدُودًا عَلَىٰ دَابَّةٍ وَهُوَ عَلَيْهَا لِمَا ذَكَرْنَا، ثُمَّ يَصْرِفُهُ الْوَاجِدُ إِلَيْهِ بِأَمْرِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ مَالٌ ضَائِعٌ، وَلِلْقَاضِي وِلَايَةُ صَرْفِ مِثْلِهِ إِلَيْهِ، وَقِيلَ: يَصْرِفُهُ بِغَيْرِ أَمْرِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ لِلَّقِيطِ ظَاهِرًا وَلَهُ وِلَايَةُ الْإِنْفَاقِ، وَشِرَاءُ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ كَالطَّعَامِ وَالْكُسْوَةِ؛ لِأَنَّهُ مِنَ الْإِنْفَاقِ.

وَلَا يَجُوزُ تَزْوِيجُ الْمُلْتَقِطِ؛ لِانْعِدَامِ سَبَبِ الْوِلَايَةِ مِنَ الْقَرَابَةِ وَالْمِلْكِ وَالسَّلْطَنَةِ.

غاية البيان

قال في «الشامل»: «وهو مُصَدَّقٌ في نفقةِ مِثْلِه»[1].

وقيل: لا يُشْتَرطُ أمرُ القاضي؛ لأن المالَ للمُلْتَقِطِ ظاهرًا، فيَصرفُه الواجِدُ إليه بالإنفاقِ عليه، وشَهِد الظاهرُ بما قُلنا أيضًا؛ لأن مَن وضَعَ المالَ معَه إنما وضَعه ليُنْفَقَ منه عليه، والعمَلُ بالظاهرِ واجِبٌ إلىٰ أن يَثْبُتَ خلافُه؛ لأنا لَمْ نُكلَّفْ دَرْكَ الباطنِ.

قولُه: (**وَهُوَ عَلَيْهَا**)، أي: اللَّقِيطُ على الدابَّةِ.

قولُه: (**لِمَا ذَكَرْنَا**)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (**اعْتِبَارًا للظَّاهِرِ**).

قولُه: (**وِلَايَةُ صَرْفِ**[2] **مِثْلِهِ إِلَيْهِ**)، أي: مِثْلُ المالِ الضائعِ إلى اللَّقِيطِ.

قولُه: (**وَشِرَاءُ مَا لَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ**)، عطْفٌ على قولِه: (**وِلَايَةُ الإِنْفَاقِ**)، أي: للمُلْتَقِطِ ولايةُ الإنفاقِ، وله شراءُ ما لا بُدَّ له منه.

الضميرُ في (**لَهُ**) راجعٌ إلى اللَّقِيطِ، وفي (**مِنْهُ**): راجعٌ إلىٰ (**مَا**).

قولُه: (**وَلَا يَجُوزُ تَزْوِيجُ الْمُلْتَقِطِ**)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**» وتمامُه

---

(١) فيما إذا وَجَد اللقيطَ معه مالٌ، فأمَرَه القاضي بالإنفاق عليه. كذا في: «الشامل في شرْح المجرد» لشمس الأئمة البيهقي [ق٩٠/ب/ مخطوط مكتبة وليّ الدين أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٤٠)].

(٢) وقع بالأصل: «ولاية تصرف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

قَالَ: وَلَا تَصَرُّفُهُ فِي مَالِ اللَّقِيطِ ؛ اعْتِبَارًا بِالْأُمِّ ؛ وَهَذَا لِأَنَّ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ لِتثْمِيرِ الْمَالِ ، وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ بِالرَّأْيِ الْكَامِلِ وَالشَّفَقَةِ الْوَافِرَةِ ، وَالْمَوْجُودُ فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ....

غاية البيان

فيه: «ولا يَصْرِفُه في مالِ اللَّقِيطِ»[١].

قال الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «ولا يَجُوزُ لِلْمُلْتَقِطِ علىٰ اللَّقِيطِ ـ ذكرًا كان أو أنثىٰ ـ عَقْدُ نكاحٍ، ولا بيْعٍ، ولا شراءٍ»[٢]. هذا لفْظُه رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وإنما لَمْ يَجُزْ منه ذلك؛ لأنَّ التزويجَ والتصرُّفَ في المالِ لا يَصِحُّ إلا بولايةٍ، أو أمرٍ ممن له الولايةُ، وسببُ الولايةِ: القَرابةُ، أو المِلْكُ، أو السلْطَنةُ، ولَمْ يُوجَدْ واحدٌ منهما، فلا تَثْبُتُ الولايةُ لعدمِ سبَبِها، ولا أمْرَ أيضًا [٤/٤٣٩ظ/م]، فَلَمْ يَصِحَّ التزويجُ والتصرُّفُ، ولأن التصَرُّفَ في مالِ الصغيرِ لا يَصِحُّ مِن الأُمِّ، مع أن لها ولايةَ التزويجِ عندَ أبي حَنِيفَةَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ عندَ عدمِ العَصَباتِ، فلأَنْ لا يَصِحَّ تصَرُّفُ المُلْتَقِطِ في مالِ اللَّقِيطِ بيْعًا وشِراءً ـ وليس له ولايةُ التزويجِ ـ بالطريقِ الأولىٰ، [ولأنَّ][٣] المقصدَ الأصْلِيَّ مِن البيعِ والشراءِ هو التَّثْمِيرُ، ولا يحْصُلُ ذلك بدونِ الرأيِ الكاملِ والشفقةِ الوافرةِ، فإذا انعدَم أحدُ الأمرَيْن؛ لا يَحْصُلُ التَّثْمِيرُ ظاهرًا، **وهذا ظاهرٌ**، وفي الأُمِّ الشفقةُ الوافرةُ دونَ الرأيِ الكاملِ، وفي المُلْتَقِطِ علىٰ العكسِ، فَلَمْ يَكُنْ لهما ولايةُ التصَرُّفِ في المالِ لعدمِ المَقْصُودِ منها، بخلافِ الأبِ؛ فإن له شفقةً وافرةً ورأيًا كاملًا، فكان له التصَرُّفُ في النفسِ والمالِ جميعًا.

قولُه: (مِنْهُمَا[٤])، أي: مِن الأُمِّ والمُلْتَقِطِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٤].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٤٨].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) وقع بالأصل: «منها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

أَحَدُهُمَا.

وَيَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَ لَهُ الْهِبَةَ؛ لِأَنَّهُ نَفْعٌ مَحْضٍ، وَلِهَذَا يَمْلِكُهُ الصَّغِيرُ بِنَفْسِهِ إِذَا كَانَ عَاقِلًا، وَتَمْلِكُهُ الْأُمُّ وَوَصِيُّهَا.

غاية البيان

قولُه: (أَحَدُهُمَا)، أي: مِن الرأيِ الكاملِ والشفقةِ [الوافرة][1].

قولُه: (وَيَجُوزُ أَنْ يَقْبِضَ لَهُ الْهِبَةَ) [٢/٤ظ]، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «ويُسَلِّمُه في صناعةٍ ويُؤَاجِرُه»[2].

قال في كراهيةِ «الجامع الصغير»: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ: في الرَّجلِ يَكُونُ في يدِه لَقِيطٌ، ليس له أبٌ، فيُوهَبُ له، أو يُتَصَدَّقُ عليه، فيَقْبِضُها له، قال: هو جائزٌ»[3].

قال الفقيهُ أبو الليثِ: وهذا استحسانٌ، والقياسُ: أَلَّا يَجُوزُ؛ لأنه لا ولايةَ له عليه.

وجهُ الاستحسانِ: أن في ذلك منفعةً للصبيِّ، وهو مأذونٌ بجَلْبِ المنفعةِ إليه، ولأن ما فيه نَفْعٌ للمَنْبُوذِ ـ مِن غيرِ إيجابِ حقٍّ عليه ـ لا يتَوَقَّفُ على وجودِ الولايةِ، كما في إطعامِه وغَسْلِ ثيابِه، فأَمَّا إجارةُ المُلْتَقِطِ لِلَّقِيطِ؛ فهي جائزةٌ على ما ذكَره القُدُوريُّ؛ لأن فيها تثقِيفَ الصبيِّ، وحِفْظَ حالِه[4] مِن الضياعِ، وذلك نَفْعٌ للصبيِّ، فجاز مِن المُلْتَقِطِ.

وقال الصدرُ الشهيدُ في «شرحِ الجامع الصغير»: لا يَجُوزُ أن يُؤَاجِرَهُ؛ أي: المُلْتَقِطُ، ويَجُوزُ للأُمِّ أن تُؤَاجِرَ [٤/٤٤٠و/م] ابنَها إذا كان في حجْرِها، ولا يَجُوزُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٤].
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٨٣].
(٤) في: «ن»: «مالِه».

قَالَ: وَيُسَلِّمُهُ فِي صِنَاعَةٍ؛ لِأَنَّهُ [٢٣٣/ظ] مِنْ بَابِ تَثْقِيفِهِ وَحِفْظِ حَالِهِ.

قَالَ: وَيُؤَاجِرُهُ؛ قَالَ ﷺ: وَهَذَا رِوَايَةُ الْقُدُورِيِّ فِي: «مُخْتَصَرِهِ».

وفِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ» لَا يَجُوزُ أَن يُؤَاجِرُهُ، ذَكَرَهُ فِي الْكَرَاهِيَّةِ وَهُوَ الْأَصَحُّ، وَجْهُ الْأَوَّلِ ....

غاية البيان

للعَمِّ، أمَّا الأُمُّ فلأنها ملكَتْ إتلافَ منافعِه بغيرِ عِوَضٍ بالاستخدام، فلأَنْ تمْلِكُ إتلافَ منافعِه بعِوَضٍ بالإجارةِ كان أحقَّ، ولا كذلك المُلْتَقِطُ والعَمُّ[1].

وذكَرَ الفقيهُ أبو الليثِ في «شرح الجامع الصغير» - في إجارةِ الأُمِّ ولدَها الصغيرَ إذا لَمْ يَكُنْ له أبٌ -: «القياسَ والاستحسانَ، فقال: والقياسُ ألَّا يَجُوزَ لها، كما لا يَجُوزُ بَيْعُ مالِه.

ووجهُ الاستحسانِ: أن للأُمِّ ولايةَ الحِفْظِ، وفي [الإجارةِ][2] تحصينُ الولدِ وحِفْظُه»، هذا حاصلُ ما ذكَره.

قولُه: (وَلَا يُؤَاجِرَهُ) بالنصْبِ عطفًا على قولِه: (أَنْ يَقْبِضَ).

قولُه: (وَهُوَ الأَصَحُّ)، أي: المذكورُ في «الجامع الصغير»، هو الأصحُّ مما ذكَره القُدُوريُّ[3].

قولُه: (وَجْهُ الأَوَّلِ)، أراد به: روايةُ القُدُوريِّ.

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص٥٦٠].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وفي «التصحيح»: قال المحبوبي: لا يملك إيجاره في الأصح، ومشىٰ عليه النسفي وصدر الشريعة. ينظر: «البناية شرح الهداية» [٣٢١/٧]، «الجوهرة النيرة علىٰ مختصر القدوري» [٣٥٥/١]، «فتح القدير» لابن الهمام [١١٧/٦]، «التصحيح والترجيح» [ص٣٠٤]، «اللباب في شرح الكتاب» [٢٠٧/٢].

أَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَىٰ تَثْقِيفِهِ وَجْهُ الثَّانِي أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِتْلَافَ مَنَافِعِهِ فَأَشْبَهَ الْعَمَّ بِخِلَافِ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُهُ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ فِي الْكَرَاهِيَّةِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

غاية البيان

قولُه: (يَرْجِعُ إِلَىٰ تَثْقِيفِهِ)، أي: يَرْجِعُ عَقْدُ الإجارةِ على اللَّقِيطِ إلى تَثْقِيفِ اللَّقِيطِ، والتثقِيفُ: التسْوِيةُ، يُقَالُ: ثقَّف الرمْحَ ؛ أي: سَوَّاه.

قولُه: (وَجْهُ الثَّانِي) أراد به: روايةَ «**الجامع الصغير**»[1].

قولُه: (لَا يَمْلِكُ إِتْلَافَ مَنَافِعِهِ)، أي: لا يَمْلِكُ المُلْتَقطُ إتلافَ مَنافعِ اللَّقِيطِ بالاستخدامِ.

قولُه: (فَأَشْبَهَ العَمَّ)، أي: أشبه المُلْتَقطُ العَمَّ ؛ أي: كما لا يَجُوزُ للعَمِّ إجارةُ الصغيرِ ؛ فكذلك لا يَجُوزُ للمُلْتَقِطِ.

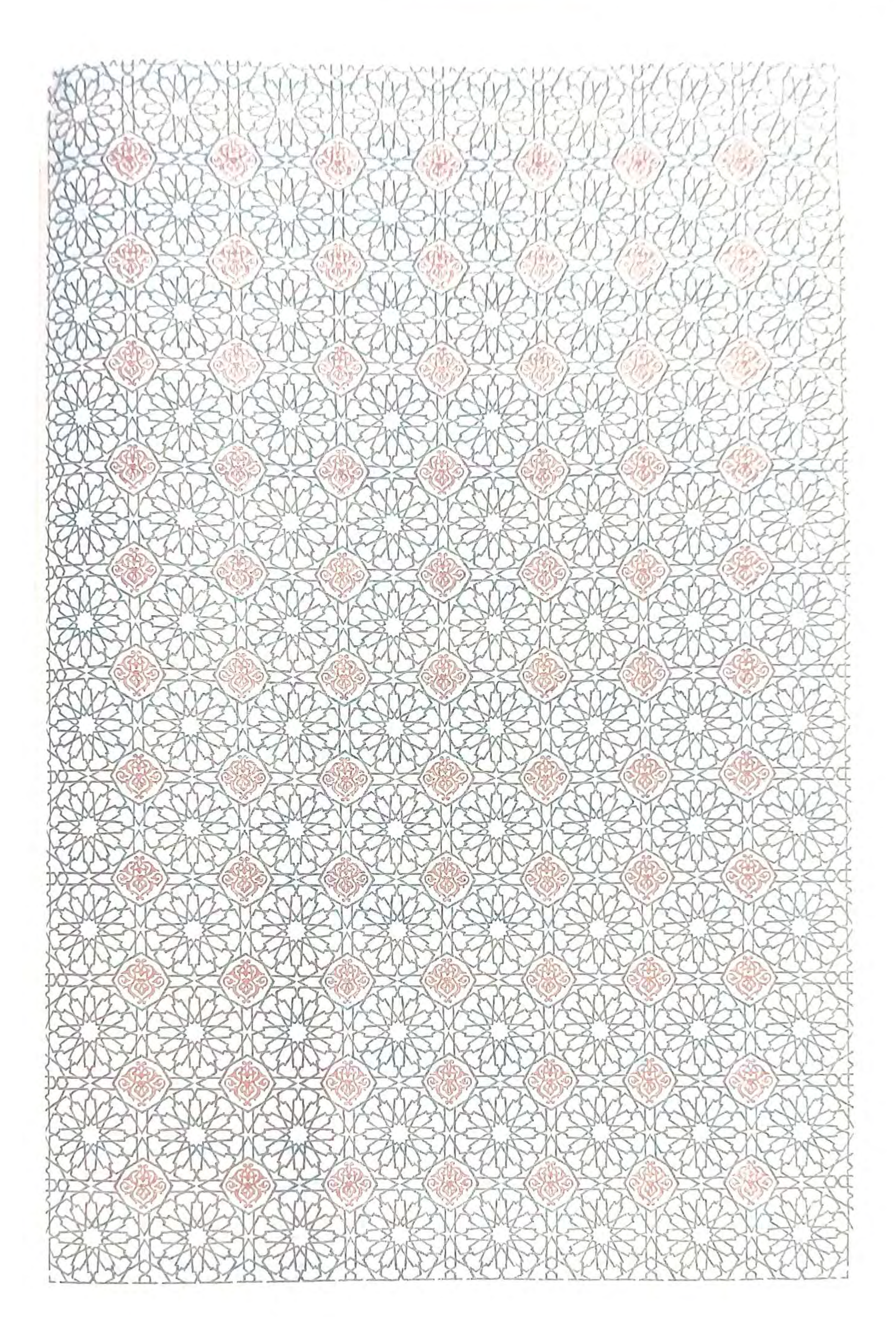
قولُه: (بِخِلَافِ الأُمِّ)، يعني: أن الأُمَّ تمْلِكُ إتلافَ منافعِ الصغيرِ بالاستخدامِ بلا عِوَضٍ، فلأَنْ تمْلِكَه بالإجارةِ بعِوَضٍ أَوْلَىٰ.

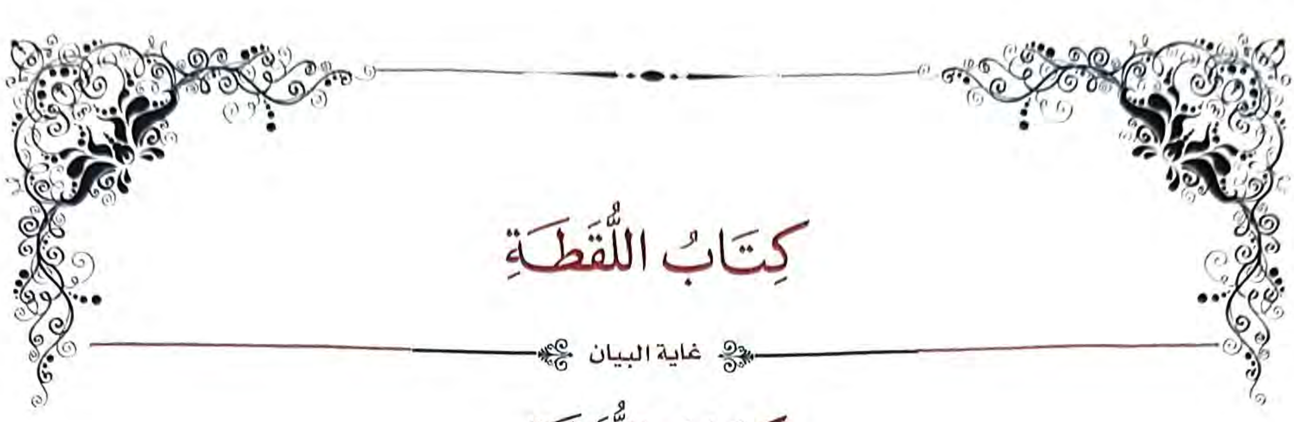
قولُه: (نَذْكُرُهُ فِي الْكَرَاهِيَةِ)، أي: في آخرِ «كتابِ الكراهيةِ» في مسائلَ متفرقةٍ.

واللهُ ﷻ أعلمُ بالصوابِ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٨٣].





كِتَابُ اللُّقَطَةِ

مناسبةُ الكِتابَيْن - أعني: كتابَ اللَّقِيطِ، وكتابَ اللُّقَطَةِ - في غايةِ الظهورِ لوجودِ معنىٰ اللُّقَطَةِ فيهما جميعًا، إلا أن اللَّقِيطَ اختصَّ بِالمَنْبُوذِ مِن بني آدمَ، واللُّقَطَةَ اختصَّتْ بِالمَنْبُوذِ مِن المالِ؛ لأن [فُعَلَةَ][1] تدلُّ علىٰ معنىٰ الفاعلِ، كالهُمَزَةِ، واللُّمَزَةِ، والضُّحَكَةِ بفتحِ الحاءِ.

والمالُ المَنْبُوذُ كأنه يُلْقُطُ نفْسَها؛ لكثرةِ رغَباتِ الناسِ فيه، ومَيَلانِ [٤/٤٤٠ظ/م] [الطبعِ][2] إليه، فَسُمِّيَ: لُقَطَةً علىٰ الإسنادِ المَجازيِّ.

وفي المَنْبُوذِ مِن بني آدمَ إباءٌ في القلوبِ[3] عن قبولِه للزومِ نفَقَتِه ومُؤْنَتِه، فَسُمِّيَ لَقِيطًا، أي: مَلْقُوطًا علىٰ سبيلِ التفاؤُلِ وإرادةِ الصلاحِ في حالِه، كما سُمِّيَ اللَّدِيغُ سَلِيمًا، والمهلكةُ مَفازةً.

ثم الأصلُ في جوازِ أخذِ [٢/٥و] **اللُّقَطَةِ**: قولُه ﷺ: **«مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ ذَوَيْ عَدْلٍ»**[4].

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) **ما بين المعقوفتين**: في «م»: «الطباع».

(٣) وقع بالأصل: «الفلوات». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) أخرجه: أحمد في «مسنده» [١٦١/٤]، وأبو داود في كتاب اللقطة/ باب التعريف باللقطة [رقم/ ١٧٠٩]، والنسائي في «السنن الكبرىٰ» [رقم/٥٨٠٨]، وابن ماجه في كتاب اللقطة/ باب اللقطة [رقم/ ٢٥٠٥]، وغيرهم من حديث: عِيَاض بن حِمَار رضي الله عنه.

قال ابنُ حجر: «رواه أحمد، والأربعة إلا الترمذي، وصحَّحه ابنُ خزيمة، وابنُ الجارود، وابن حبان». ينظر: «بلوغ المرام» لابن حجر [ص/ ٢٨١].

قال في «الشامل» في قِسْمِ «المبسوط»: أخْذُ اللُّقَطَةِ مندوبٌ إليه بقوله تعالىٰ: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة: ٢][(١)].

وقال في «شرح الطَّحاويِّ»: «إذا وَجَد لُقَطَةً فالأفضلُ له أنْ يَرْفَعَها، إذا كان يَأْمَنُ علىٰ نفْسِه، وإذا كان لا يَأْمَنُ لا يَرْفَعُها»[(٢)].

وقال في «شرح الأقْطَع»: «يُسْتَحَبُّ أخْذُ اللُّقَطَةِ ولا يَجِبُ»[(٣)].

وقال في «النوازل»: «قال أبو نَصْرٍ محمدُ بنُ محمدِ بنِ سَلامٍ: تَرْكُ اللُّقَطَةِ أفضلُ في قولِ أصحابِنا مِن رَفْعِها[(٤)]، ورَفْعُ اللَّقِيطِ أفضلُ مِن تَرْكِه»[(٥)].

وقال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «إنْ خافَ ضَياعَها يُفْتَرضُ الرفعُ، وإنْ لَمْ يَخَفْ يُباحُ رَفْعُها، أجمَع العلماءُ عليه، والأفضلُ: الرفعُ في ظاهرِ المذْهَبِ»[(٦)] إلىٰ هنا لفْظُه.

وقال في «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيِّ»: «اختلَف العلماءُ في رَفْعِها؛ قال بعضُهم: رَفْعُها أفضلُ مِن تَرْكِها، وقال بعضُهم: يحِلُّ رَفْعُها، وتَرْكُها أفضلُ.

وَجهُ القولِ الأوَّلِ: أنه لو تَرَكَها لا يَأْمَنُ أن تَصِلَ إليها يدٌ خائنةٌ؛ فيَمْنَعَها عن مالكِها.

---

(١) ينظر: «الشامل في شرْح المجرد» لشمس الأئمة البيهقي [ق٩٠/ب/ مخطوط مكتبة وليّ الدين أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٤٠)].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٩٥].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١/ق/ ٤٢٥].

(٤) وقع بالأصل: «رفعه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) ينظر: «النوازل» للسمرقندي [ق/ ٢٢٣].

(٦) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٤٠٠].

قَالَ: اللُّقَطَةُ أَمَانَةٌ إِذَا اسْتَشْهَدَ الْمُلْتَقِطُ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا لِيَحْفَظَهَا وَيَرُدَّهَا عَلَىٰ صَاحِبِهَا؛ لِأَنَّ الْأَخْذَ عَلَىٰ هَذَا الْوَجْهِ مَأْذُونٌ فِيهِ شَرْعًا بَلْ هُوَ الْأَفْضَلُ عِنْدَ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ، ....

غاية البيان

ووجهُ القولِ الثاني: أن صاحبَها ربَّما يَطْلُبُها في الموضعِ الذي سقطَتْ منه، فإذا ترَكها؛ وجَدَها صاحبُها في ذلك الموضع»، ثم قال: «**والأوَّلُ أصحُّ**»[(١)].

قال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الطَّحاويِّ»: «ولو رفَعها ووَضَعها في مكانِه ذلك فلا ضَمان عليه في **ظاهرِ الروايةِ**.

وقال بعضُ مشايخِنا: هذا إذا أخَذ ولَمْ يَبْرَحْ عن ذلك المكانِ حتىٰ وضع هناك، فأَمَّا إذا ذهَب عن مكانِه ذلك، ثم أعادَها ووضَعها فيه؛ فإنه يَضْمَنُ.

وقال بعضُهم: إذا أخَذَها ثم أعادَها إلىٰ ذلك المكانِ، فهو ضامنٌ، ذهَب عن ذلك المكانِ أو لَمْ [٤/٤٤١و/م] يَذْهَبْ، وهذا خلافُ ظاهرِ الروايةِ»[(٢)]، إلىٰ هنا لفْظُ الأَسْبِيْجَابيِّ رحمه الله.

قولُه: (اللُّقَطَةُ أَمَانَةٌ إِذَا اسْتَشْهَدَ الْمُلْتَقِطُ أَنَّهُ يَأْخُذُهَا لِيَحْفَظَهَا وَيَرُدَّهَا عَلَىٰ صَاحِبِهَا)، هذا لفْظُ القُدُوريِّ في «**مختصره**»[(٣)]، وقد شرَطَ الإشهادَ كما ترَىٰ بلا ذِكْرِ خلافٍ، وكذلك ذَكَر الحاكمُ في «**مختصر الكافي**» بلا خلافٍ[(٤)]، حتىٰ إذا ترَك الإشهادَ فهلكَتْ عندَهُ؛ ضَمِن. ولكنْ قال الطَّحاويُّ في «**مختصره**»: «إن أبا حَنِيفَةَ كان يَقُولُ: إنْ كان أشهَدَ علىٰ ذلك؛ فلا ضَمانَ عليه فيها، وإن لم يُشْهِدْ علىٰ ذلك؛ كان عليه ضمانُها.

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٢/٣٦٨].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٩٥].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٥].

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٤٩].

. . . .

وقال أبو يوسفَ: لا ضَمانَ عليه فيها، أشْهَدَ علىٰ أنه أخَذَها ليُعَرِّفَ بها، أو لم يُشْهِدْ، بعدَ أنْ يَحْلِفَ باللهِ ما أخذها إلا ليُعَرِّفَ بها»، ثم قال الطَّحاويُّ: «وبه نأخذُ»[١]، ولم يَذْكُرِ [الطَّحاويُّ][٢] قولَ محمَّدٍ.

وذكَر في «**الشامل**»، و«**المنظومة**»، و«**المختلف**»، و«**الحَصْر**»، و«**الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيِّ**»، و«**خلاصة الفتاوىٰ**»: قولَ محمدٍ معَ قولِ أبي حَنِيفَةَ، وكذا ذَكَرَ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الطَّحاويِّ**» أيضًا[٣].

وذَكَر في «**التحفة**»[٤] و«**شرح الأَقْطَع**»[٥]: قولَ محمدٍ معَ قولِ أبي يوسفَ.

وَجهُ قولِ أبي يوسفَ: أن المُلْتَقِطَ مأذونٌ في الأَخْذِ شرعًا، ولا يَكُونُ إذْنُ الشارعِ أقلَّ مِن إذْنِ المالكِ، فإذا أَذِنَ المالِكُ؛ فلا ضَمانَ، فكذا إذا أذنَ الشارعُ، ألَا تَرَىٰ أن الوَدِيعَةَ لا يَجِبُ فيها الضَّمانُ لوجودِ الإذْنِ، فكذا هذا.

ووجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: قولُه عليه السلام: «**مَنْ وَجَدَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ ذَوَيْ عَدْلٍ**»[٦]، وقد شرَطَ الإشهادَ، فلا يَكُونُ مأذونًا بدونِه، ولأنَّ الأصلَ في تَصَرُّفِ الإنسانِ أن يَكُونَ لنَفْسِهِ، إلا أن يَجْعَلَهُ لغيرِه، وذلك عندَ الإشهادِ، ولم يُوجَدْ.

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ١٤٠].

(٢) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٩٥]، «تحفة الفقهاء» [٣/٣٥٤، ٣٥٥]، «بدائع الصنائع» [٥/٢٩٦، ٢٩٧]، «الفتاوىٰ التاتارخانية» [٥/٤٠٣]، «الفتاوىٰ الْوَلْوَالِجيَّة» [٢/٣٦٨]، «فتح القدير» [٦/١١٩]، «البحر الرائق» [٥/١٦٣]، «تبيين الحقائق» [٣/٣٠١]، «الجوهرة النيرة» [١/٣٥٥]، «مجمع الضمانات» [١/٢٠٩]، «مجمع الأنهر» [١/٧٠٤].

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٣٥٥].

(٥) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١/ق/ ٤٢٥].

(٦) مضىٰ تخريجه.

وَهُوَ الْوَاجِبُ إِذَا خَافَ الضَّيَاعَ عَلَىٰ مَا قَالُوا، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ لَا تَكُونُ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ إِذَا تَصَادَقَا أَنَّهُ أَخَذَهَا لِلْمَالِكِ؛ لِأَنَّ فِي تَصَادُقِهِمَا حُجَّةً فِي حَقِّهِمَا وَصَارَ كَالْبَيِّنَةِ.

وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ؛ يَضْمَنُ بِالإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ مَالَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ وَبِغَيْرِ إِذْنِ الشَّرْعِ.

غاية البيان

وَيَجُوزُ أَنْ يَقُولَ أبو يوسفَ: لو كان الأَخْذُ يُوجِبُ [٢/٥ظ] الضَّمانَ؛ لَمَا اختلَفَ الحُكْمُ بالإشهادِ وعدمِه، كما في الغَصْبِ، وعكْسُهُ الوَدِيعَةُ، والحَلِفُ علىٰ أنه أَخَذَها ليردَّها: دليلٌ علىٰ أنه جعَلَ تَصَرُّفَه لغيرِه كالإشهادِ، ففي الإشهادِ: لا ضَمانَ لوجودِ الدليلِ، فكذا إذا حلَفَ لهذا المعنىٰ.

قولُه: (وَهُوَ الْوَاجِبُ [إِذَا][1] خَافَ الضَّيَاعَ عَلَىٰ مَا قَالُوا)، أي: أَخْذُ اللُّقَطَةِ واجبٌ إذا خاف الضياعَ علىٰ ما قال المشايخُ.

قولُه: (وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ)، أي: إذا كان أَخْذُ اللُّقَطَةِ مأذونًا فيه.

قولُه: (وَكَذَا إِذَا تَصَادَقَا)، أي: لا تكُونُ اللُّقَطَةُ مضمونةً إذا تَصادَق المالكُ والمُلْتَقِطُ[2] علىٰ أن المُلْتَقِطَ أخذ اللُّقَطَةَ للمالكِ؛ لأن قولَهُما حُجَّةٌ عليهِما.

قولُه: (وَصَارَ كَالْبَيِّنَةِ)، أي: صار تصادُقُهُما كالبَيِّنةِ، يعني: أن البَيِّنَةَ إذا وُجدَتْ عندَ الأخذِ؛ لا يَجِبُ الضَّمانُ، فكذا إذا وُجِدَ التصادُقُ.

قولُه: (وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ أَخَذَه لِنَفْسِهِ؛ يَضْمَنُ بِالإِجْمَاعِ)، ذكَر هذا تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ، وذلك لأنه تَصرَّفَ في مالِ الغيرِ بلا إِذْنٍ، فكان غاصِبًا.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل و«م»، و«غ»، و«ك»: «المالك واللُّقَطَة»! قال في حاشية: «غ»: «وهو سهْو مِن الشارح»، والمثبت من: «ن».

وَإِنْ لَمْ يُشْهِدِ الشُّهُودَ عَلَيْهِ، وَقَالَ الْآخِذُ: أَخَذْتُه لِلْمَالِكِ، وَكَذَّبَهُ الْمَالِكُ؛ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ﷾، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ ﷀ: لا يَضْمَنُ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لَهُ لِاخْتِيَارِهِ الحِسْبَةَ دُونَ الْمَعْصِيَةِ، وَلَهُمَا: أَنَّهُ أَقَرَّ بِسَبَبِ الضَّمَانِ وَهُوَ أَخذَ مَالَ الْغَيْرِ وَادَّعَىٰ مَا يُبَرِّئُهُ وَهُوَ الْأَخْذُ لِمَالِكِهِ.

غاية البيان

وإنما قَيَّدَ بالإجماعِ؛ احترازًا عن الضَّمانِ الذي يَلْزَمُ عندَ عدمِ الإشهادِ عندَ أبي حَنِيفَةَ؛ لأن فيه خلافَ أبي يوسفَ.

قال في «شرح الطَّحَاويِّ»: «ولو أخَذَها ليأكُلَها، لا ليَرُدَّها[1] علىٰ صاحبِها، ثم هلكَتْ؛ فإنه يَضْمَنُ، ولا يَبْرأُ عن ضمانِها حتىٰ يدْفَعَها إلىٰ صاحبِها»[2].

قولُه: (وَإِنْ لَمْ يُشْهِدِ الشُّهُودَ عَلَيْهِ، وَقَالَ الْآخِذُ: أَخَذْتُه لِلْمَالِكِ، وَكَذَّبَهُ الْمَالِكُ؛ يَضْمَنُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا يَضْمَنُ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ)، أي: قولُ الآخِذِ، يعني: معَ أن الحَلِفَ علىٰ أنه أخَذَها ليرُدَّها علىٰ صاحبِها، وذكَر هذا أيضًا تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ، وبيانُه مَرَّ آنفًا.

قولُه: (لِاخْتِيَارِهِ الحِسْبَةَ)، أي: لاختيارِ المُلْتَقِطِ وَجْهَ اللهِ تعالىٰ.

والحِسْبةُ: اسمٌ مِن الاحتسابِ؛ كالعِدَّةِ مِنَ الاعتدادِ، وإنما قيل: احتَسَبَ العملَ لمن يَنْوِي به وَجْهَ اللهِ تعالىٰ؛ لأنَّ له حينَئِذٍ أن يَعْتَدَّ[3] عمَلَه، فجُعِلَ في

---

(١) وقع بالأصل: «ولا ليَرُدَّها». والمثبت من: «غ»، وهو الموافق لِمَا وقَع في «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [ق٢٩٥/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

(٢) ينظر: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [ق٢٩٥].

(٣) وقع بالأصل: «لأنه حينئذ يعتد». والمثبت من: «غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في «الفائق» للزمخشري [١/٢٨٢].

وَفِيهِ وَقَعَ الشَّكُّ فَلَا يُبَرَّأُ، وَمَا ذَكَرَ مِنَ الظَّاهِرِ يُعَارِضُهُ مِثْلُهُ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنْ يَكُونَ الْمُتَصَرِّفُ عَامِلًا لِنَفْسِهِ، وَيَكْفِيهِ فِي الْإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ: مَنْ سَمِعْتُمُوهُ يَنْشُدُ لُقَطَةً؛ فَدُلُّوهُ عَلَيَّ، وَاحِدَةً كَانَتِ اللُّقَطَةُ أَوْ أَكْثَرَ؛ لِأَنَّهُ اسْمُ جِنْسٍ.

حالِ مباشرةِ الفعلِ كأنه مُعْتَدٌّ، كذا ذكَره الزَّمَخْشَرِيُّ في «الفائق»[1].

قولُه: (وَمَا ذَكَرَ مِنَ الظَّاهِرِ يُعَارِضُهُ مِثْلُهُ)، أي: الذي ذكَره أبو يوسفَ مِن شهادةِ الظاهرِ لِلْمُلْتَقِطِ[2] يُعارِضُ ذلك الظاهرَ ظاهرٌ آخرُ مِثْلُه؛ بأنْ يُقَالَ: الأصلُ والظاهرُ أن يَكُونَ تصرُّفُ الإنسانِ له، لا لغيرِه.

وذكروا في نُسخِ «الفتاوىٰ» هذا الاختلافَ إذا كان مُتَمَكِّنًا مِن الإشهادِ، فإنْ لَمْ يتَمَكَّنْ لعدمِ مَن يَشْهَدُ علىٰ ذلك، أو لخَوْفِه علىٰ أن يَأْخُذَ منه ظالمٌ؛ فالقولُ قولُه معَ اليمينِ بالإجماعِ، ولا ضمانَ عليه في تَرْكِ الإشهادِ[3].

قولُه: (وَيَكْفِيهِ فِي الإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ[4]: مَنْ سَمِعْتُمُوهُ يَنْشُدُ لُقَطَةً؛ [فَدُلُّوهُ][5] عَلَيَّ، وَاحِدَةً كَانَتِ اللُّقَطَةُ أو أَكْثَرَ).

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ولو قال: التقطْتُ لُقَطَةً أو ضالَّةً، أو قال: عندِي شيءٌ، فمَنَ سَمِعْتُمُوهُ يَسْأَلُ شيئًا؛ فدلُّوه عليَّ، فلَمَّا جاء صاحبُها قال: هلكَتْ؛ لا ضمانَ عليه، وكذلك لو وجَد لُقَطَتين، فقال: مَن سَمِعْتُمُوهُ يَسْأَلُ شيئًا؛ فدلُّوه عليَّ، ولَمْ يَقُلْ: عندِي لُقَطَتانِ، وكذلك لو قال: عندِي لُقَطَةٌ؛ بَرِئَ مِن الضمانِ، وإنْ كانت عشرًا، وهذا كلُّه إشهادٌ أنه إنما أَخَذَها لِيَرُدَّها علىٰ صاحبِها»[6].

(١) ينظر: «الفائق في غريب الحديث والأثر» للزمخشري [١/٢٨٢].
(٢) وقع بالأصل: «فللملتقط». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٣) ينظر: فتاوىٰ قاضي خان [١/٢٨٦].
(٤) وقع بالأصل: «في الإشهادات يقول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٥) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٦) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ق/ ٢٩٦].

قَالَ: فَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ؛ عَرَّفَهَا أَيَّامًا، وَإِنْ كَانَتْ عَشْرَةً فَصَاعِدًا؛ عَرَّفَهَا حَوْلًا.

غاية البيان

وقال شمسُ الأئمَّةِ **الحَلْوَانِيُّ**: أدنىٰ ما يَكُونُ في التعريفِ: أنْ يُشْهِدَ عندَ الأخْذِ ويَقُولُ: آخُذُها لأرُدَّها، فإنْ فعَل ذلك ولَمْ يُعَرِّفْهَا بعدَ ذلك؛ كفَىٰ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةٍ؛ عَرَّفَهَا أَيَّامًا، وَإِنْ كَانَتْ عَشْرَةً فَصَاعِدًا؛ عَرَّفَهَا حَوْلًا)، أي: قال [٢/٦٠و] القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[١]، وهذا الذي ذكَره روايةً عن أبي حنيفةَ، وفي **ظاهرِ الروايةِ**: مُدَّةُ التعريفِ مقدَّرةٌ بالحَوْلِ، ألَا ترَىٰ إلىٰ ما قال الحاكمُ الجليلُ الشهيدُ في «**الكافي**»: «وإذا وَجَد الرَّجُلُ لُقَطَةً؛ عرَّفَها [حَوْلًا][٢]»[٣]، وكذلك قدَّر الطَّحاويُّ في «**مختصره**»[٤].

وقال في «شرح الطَّحاويُّ»: «وإذا التقَطَ لُقَطَةً؛ فإنه يُعَرِّفُهَا سَنَةً، سواءٌ كان الشيءُ نفيسًا أو خَسِيسًا في **ظاهرِ الروايةِ**»[٥]. هذا لفْظُهُ.

وقال في «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيُّ»: وعن أبي حنيفةَ أنه قال: إن كانت مئتَيْ درهمٍ فما فوقَها، يُعَرِّفُهَا حَوْلًا، وإنْ كانت أقلَّ مِن مئتَيْ درهمٍ إلىٰ عشرةٍ؛ يُعَرِّفُهَا شهرًا، وإنْ كانت أقلَّ من عشرةٍ؛ يُعَرِّفُها علىٰ حسبِ ما يَرَىٰ[٦].

وعن أبي حنيفةَ في روايةٍ أخرىٰ: إنْ كانت مئتَيْ درهمٍ فصاعدًا؛ يُعَرِّفها حَوْلًا، وإنْ كانت عشرةً فصاعدًا؛ يُعَرِّفُها شهرًا، وإنْ كانت ثلاثةً فصاعدًا؛ يُعَرِّفُها

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٥].
(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٤٩].
(٤) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ١٣٩].
(٥) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ق/ ٢٩٦].
(٦) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٢/ ٣٦٨].

....

غاية البيان

عشرةَ أيَّامٍ، وإنْ كانت درهمًا فصاعدًا؛ يُعَرِّفُها ثلاثةَ أيَّامٍ، وإنْ كانت دَانِقًا[١] فصاعِدًا؛ يُعَرِّفها [٤٤١/٤ظ/م] يومًا، وإنْ كانت دونَ ذلك؛ يَنْظَرُ يَمْنَةً ويَسْرَةً، ثم يَضَعُه في كَفِّ فقيرٍ.

وقال شمسُ الأئمَّةِ السَّرْخَسِيُّ: «وشيءٌ مِن هذا ليس بتقديرٍ لازمٍ، بل يُعَرِّفُ القليلَ بقَدْرِ ما يَغْلِبُ على ظنِّه أن صاحِبَها لا يَطْلُبُها بعدَ ذلك»[٢].

وقال أصحابُ الشَّافِعِيُ: التعريفُ واجبٌ سَنَةً[٣]، وهو قولُ مالكٍ[٤] وأحمدَ[٥].

وجهُ اعتبارِ الحَولِ: ما رُوِيَ في **«الصحيح البُخَارِيِّ»**: مُسْنَدًا إلى أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ قَالَ: أَخَذْتُ صُرَّةً مِئَةَ دِينَارٍ، فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَ: **«عَرِّفْهَا حَوْلًا»** فَعَرَّفْتُهَا، فَلَمْ أَجِدْ مَنْ يَعْرِفُهَا، ثُمَّ أَتَيْتُهُ، فَقَالَ: **«عَرِّفْهَا حَوْلًا»** فَعَرَّفْتُهَا، فَلَمْ أَجِدْ، ثُمَّ أَتَيْتُهُ ثَلَاثًا، فَقَالَ: **«احْفَظْ وِعَاءَهَا، وَعَدَدَهَا، وَوِكَاءَهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا فَاسْتَمْتِعْ بِهَا»**[٦].

وجهُ الاستدلالِ به: أن النبيَّ ﷺ اعتبر الحَوْلَ في كلِّ مرَّةٍ، ولأنه مُدَّةٌ متعيِّنةٌ

---

(١) **الدَّانِقُ** ـ بالفتح والكسر ـ: سُدُسُ الدرهم. والجمع: دَوَانِق وَدَوَانِيق. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسِيّ [١١/٣].

(٣) ينظر: «الأم» للشافعي [١٣٧/٥]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» لأبي إسحاق الشيرازي [ص/ ١٣٢]. و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٢٩٢/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٤٠٦/٥].

(٤) ينظر: «التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [٤٠/٨]، و«الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٨٣٦/٤]. و«شرح مختصر خليل» للخرشي [١٢٤/٧].

(٥) ينظر: «الفروع» لابن مفلح [٤٥١/٣]. و«المغني» لابن قدامة [٨٧/٦]. و«كشاف القناع» للبهوتي [٢١٧/٤].

(٦) أخرجه: البخاري في كتاب اللقطة/ باب وإذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه [رقم/ ٢٢٩٤]، ومسلم في كتاب اللقطة [رقم/ ١٧٢٣]، وغيرهما من حديث: أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ ﷺ. وهذا لفْظ البخاري.

قَالَ رضي الله عنه وَهَذِهِ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وقوله أَيَّامًا مَعْنَاهُ عَلَىٰ حَسَبِ مَا يَرَىٰ، وَقَدَّرَهُ مُحَمَّدٌ رحمه الله فِي الْأَصْلِ بِالْحَوْلِ مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ[1] بَيْنَ الْكَثِيرِ وَالْقَلِيلِ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَالشَّافِعِيِّ رحمهما الله؛ لِقَوْلِهِ عليه السلام: «مَنِ الْتَقَطَ شَيْئًا فَلْيُعَرِّفْهُ سَنَةً». مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ.

وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ التَّقْدِيرَ بِالْحَوْلِ وَرَدَ فِي لُقَطَةٍ كَانَتْ مِائَةَ دِينَارٍ، تُسَاوِي أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَالْعَشْرَةُ وَمَا فَوْقَهَا فِي مَعْنَى الْأَلْفِ فِي تَعَلُّقِ الْقَطْعِ بِهِ فِي السَّرِقَةِ، وَتَعَلُّقِ اسْتِحْلَالِ الْفَرْجِ بِهِ، وَلَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا فِي حَقِّ تَعَلُّقِ الزَّكَاةِ فَأَوْجَبْنَا التَّعْرِيفَ بِالْحَوْلِ [٢٣٤/و] احْتِيَاطًا، وَمَا دُونَ الْعَشْرَةِ لَيْسَ فِي مَعْنَى الْأَلْفِ بِوَجْهٍ مَا، فَفَوَّضْنَا إِلَىٰ رَأْيِ الْمُبْتَلَىٰ بِهِ.

وَقِيلَ: الصَّحِيحُ أَنَّ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْمَقَادِيرِ لَيْسَ بِلَازِمٍ، وَتُفَوَّضُ إِلَىٰ رَأْيِ

غاية البيان

لوجوبِ أداءِ الزكاةِ، فكانت مُدَّةُ تعريفِ اللُّقَطَةِ أيضًا؛ لأنَّ اللُّقَطَةَ حقُّها التصدُّقُ بعدَ التعريفِ إنْ لَمْ يُوجَدْ صاحبُها.

ووجهُ تلك الروايةِ: أن الحديثَ ورَدَ في مئةِ دينارٍ، ونحنُ نَقُولُ بمُوجِبه إذا كانتِ اللُّقَطَةُ مئةَ دينارٍ، أو في معنى المئةِ؛ بأنْ تكُونَ عشرةَ دراهمَ؛ لأنَّ العشرةَ تُقْطَعُ اليدُ بها في السرقةِ كالمئةِ، وتصلُحُ أن تكُونَ مهرًا كالمئةِ، فلَمَّا كانت في معنى المئةِ مِن هذا الوجهِ؛ جعلنا مُدَّةَ التعريفِ في العشرةِ مِثْلَها في المئةِ احتياطًا، بخلافِ ما دونَ العشرةِ؛ فإنه ليس في معنى المئةِ، ففَوَّضْنا تقديرَ المدَّةِ إلى رأيِ المبْتَلَىٰ به.

قولُه: (وَقِيلَ: الصَّحِيحُ أَنَّ شَيْئًا مِنْ هَذِهِ الْمَقَادِيرِ لَيْسَ بِلَازِمٍ، وَتُفَوَّضُ إِلَىٰ رَأْيِ

(١) فِي حاشية الْأَصْل: «خ، أصح: تفصيل».

الْمُلْتَقِطِ يُعَرِّفُهَا إِلَىٰ أَنْ يَغْلُبَ عَلَىٰ ظَنِّهِ أَنَّ صَاحِبَهَا لَا يَطْلُبُهَا بَعْدَ ذَلِكَ، ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِهِ.

وَإِنْ كَانَتِ اللُّقَطَةُ شَيْئًا لَا يَبْقَىٰ عَرَّفَهُ، حَتَّىٰ إِذَا خَافَ أَنْ يَفْسُدَ تَصَدَّقَ بِهِ.

وَيَنْبَغِي أَنْ يُعَرِّفَهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي أَصَابَهَا، وَفِي الْجَامِعِ فَإِن ذَلِكَ أَقْرَبُ إِلَىٰ الْوُصُولِ إِلَىٰ صَاحِبِهَا.

غاية البيان

الْمُلْتَقِطِ[(١)]) هذا إشارةٌ إلىٰ قولِ شمسِ الأئمَّةِ السَّرْخَسِيِّ[(٢)]، وقد مَرَّ آنفًا.

قولُه: (وَإِنْ كَانَتِ اللُّقَطَةُ شَيْئًا لَا يَبْقَىٰ؛ عَرَّفَهُ، حَتَّىٰ إِذَا خَافَ أَنْ يَفْسُدَ؛ تَصَدَّقَ بِهِ) ذكَر هذا تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ.

قالوا في نُسَخِ «الفتاوىٰ»: «وإنْ كانت اللُّقَطَةُ مما لا يَبْقَىٰ إذا أتىٰ عليه [٤/٤٤٢و/م] يومٌ أو يومان؛ عَرَّفَها، فإذا خاف الفسادَ تصَدَّق بها»[(٣)].

قولُه: (وَيَنْبَغِي أَنْ يُعَرِّفَهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي أَصَابَهَا، وَفِي الْجَامِعِ).

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «والتعريفُ إنما يَكُونُ في أبوابِ المساجدِ، وفي الأسواقِ»[(٤)].

---

(١) وقع بالأصل: «الملتقطة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) الصحيح أن شيئًا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض إلىٰ رأي الملتقط يعرِّفُها إلىٰ أن يغلب علىٰ ظنه أنَّ صاحبها لا يطلبها بعد ذلك، اهـ، ومثله في «شرح الأقطع» قائلاً: هذا اختيار شمس الأئمة، وفي «الينابيع»: وعليه الفتوىٰ، ومثله في «الجواهر» و«مختارات النوازل» و«المضمرات». كما في «التصحيح والترجيح». ينظر: «المبسوط» [١١/٢]، «تحفة الفقهاء» [٣/٣٥٥]، «بدائع الصنائع» [٥/٢٩٨]، «مختارات النوازل» [ص٣٦١]، «الاختيار» [٣/٣٢]، «تبيين الحقائق» [٣/٣٠١]، «الجوهرة النيرة» [١/٣٥٥]، «درر الحكام» [٣/١٣٠]، «المحيط البرهاني» [٨/١٦٦، ١٦٧]، «الفتاوىٰ التاتارخانية» [٥/٤٠٠، ٤٠١]، «فتح القدير» [٦/١٢١]، «الفتاوىٰ الهندية» [٢/٣٠٨]، «حاشية ابن عابدين» [٤/٣٠٦].

(٣) ينظر: «فتاوىٰ قاضي خان» [١/٢٨٦].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٩٥].

وَإِنْ كَانَتِ اللُّقَطَةُ شَيْئًا يُعْلَمُ أَنَّ صَاحِبَهَا لَا يَطْلُبُهَا [٢/٦٢ظ]، كَالنَّوَاةِ، وَقُشُورِ الرُّمَّانِ يَكُونُ إِلْقَاؤُهُ إِبَاحَةً ؛ حَتَّىٰ جَازَ الِانْتِفَاعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ تَعْرِيفٍ، وَلَكِنَّهُ مَبْقِيٌّ عَلَىٰ مِلْكِ مَالِكِهِ ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنَ الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ.

قَالَ: فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا إِيصَالًا لِلْحَقِّ إِلَىٰ الْمُسْتَحِقِّ وَهُوَ

غاية البيان

وقال في «**الشامل**»: «والتعريفُ: أنْ يُنادِيَ في الأسواقِ والمساجدِ: مَن ضَاع له شيءٌ؛ فليَطْلُبْهُ عندِي»[1].

قولُه: (وَإِنْ كَانَتِ اللُّقَطَةُ شَيْئًا يُعْلَمُ أَنَّ صَاحِبَهَا لَا يَطْلُبُهَا [٢/٦٢ظ]، كَالنَّوَاةِ، وَقُشُورِ الرُّمَّانِ؛ يَكُونُ إِلْقَاؤُهُ إِبَاحَةً)، ذكَر هذا تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ.

اعلم: أن ما يَلْتَقِطُهُ المُلْتَقِطُ علىٰ نوعيْن:

نوعٌ لا يَطْلُبُه: كالنواةِ، وقُشُورِ الرُّمَّانِ في مواضعَ متفرقةٍ، فهو مباحٌ للمُلْتَقِطِ، يَجُوزُ انتفاعُهُ به مُبقًّى علىٰ مِلْكِ صاحبِه، حتىٰ إذا وَجدَه في يدِ المُلْتَقِطِ؛ أَخذَه منه إنْ شاء.

ونوعٌ آخرُ يَطْلُبه صاحبُه: كالذهبِ، والفِضَّةِ، والعُرُوضِ، فلا بُدَّ فيه مِن التعريفِ، وقُشُورُ الرُّمَّانِ إن وَجدَها مجتمعةً، فهي مِن هذا النوعِ، وإنْ وَجَد واحدةً، ثم أُخرىٰ حتىٰ بلغَتْ عشرًا، وصارَتْ لها قِيمَةٌ: إنْ وجدَها في موضعٍ واحدٍ؛ فهي مِن النوعِ الثاني، وإنْ وجَدها في مواضعَ متفرِّقةٍ؛ فقد اختلَف المشايخُ فيه، والمختارُ أنها مِن النوعِ الثاني، والتفَّاحُ والكُمَّثْرَىٰ والحَطَبُ في الماءِ لا بأسَ بأخْذِها[2]. كذا في «**خلاصة الفتاوىٰ**».

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا)، أي: قال القُدُورِيُّ في

(١) ينظر: «الشامل في شرح المجرد» لشمس الأئمة البيهقي [ق٩٠].
(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق٣٩٩].

....

«مختصره»، وتمامُ لفظِه فيه: «فإنْ جاء صاحبُها بعدَ ذلك؛ فهو بالخيارِ إنْ شاء أمضىٰ الصدقةَ، وإنْ شاء ضَمَّنَ المُلْتَقطَ»[1].

قال الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «وإذا وَجَد الرَّجُلُ لُقَطَةً؛ عَرَّفَها حوْلًا، فإنْ جاء صاحبُها دفَعها إليه، وإنْ لَمْ يجِئْ فهو بالخيارِ، إنْ شاء أمسَكها حتَّىٰ يجِيءَ صاحبُها، وإنْ شاء تصَدَّق بها علىٰ أن صاحبَها بالخيارِ إذا جاء إنْ شاء أجاز الصدقةَ، وإنْ شاء اختارَ الضَّمانَ، فضَمَّنَ الذي تصَدَّق بها، وإنْ شاء ضَمَّن المسكينَ [٤/٢٤٤ظ/م]، فأيُّهما ضَمِنَ لَمْ يرْجِعْ علىٰ الآخرِ بما ضَمِن»[2] إلىٰ هنا لفْظُه رحمه الله.

وإنما كان صاحبُ اللُّقَطَةِ أَوْلَىٰ بها إذا جاء؛ لِمَا حدَّثَ أبو جعفرٍ الطَّحاويُّ في «شرح الآثار»: بإسنادِه إلىٰ عِيَاضِ بْنِ حِمَارٍ الْمُجَاشِعِيِّ[3] عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «مَنِ الْتَقَطَ لُقَطَةً فَلْيُشْهِدْ عَلَيْهَا ذَوَيْ عَدْلٍ، وَلَا يَكْتُمْ وَلَا يُغَيِّر، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا؛ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا، وَإِلَّا فَمَالُ اللهِ عز وجل يُؤْتِيهِ[4] مَنْ يَشَاءُ»[5]، ولأن إيصالَ الحقِّ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٥].

(٢) ينظر «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٤٩].

(٣) **عِيَاضِ بْنِ حِمَارٍ الْمُجَاشِعِيِّ**: من جملة الصحابة، أورده ابنُ شاهين في باب العين مِن كتاب: «المعجم». كذا جاء في حاشية: «ك»، و«م»، و«غ».

(٤) وقع بالأصل: «يُؤْتِها». والمثبت من: «م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع عند الطحاوي.

(٥) أخرجه: أبو داود في كتاب اللقطة/ باب التعريف باللقطة [رقم/ ١٧٠٩]، وابن ماجه في كتاب اللقطة/ باب اللقطة [رقم/ ٢٥٠٥]، والنسائي في «السنن الكبرىٰ» في كتاب اللقطة/ الإشهاد علىٰ اللقطة [رقم/ ٥٨٠٨]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/١٣٦]، من حديث: عِيَاضِ بْنِ حِمَارٍ الْمُجَاشِعِيِّ رضي الله عنه به نحوه. واللفظ للطحاوي.

قال ابنُ كثير: «رواهُ أحمدُ، وأبو داودَ، والنَّسائيُّ، وابنُ ماجَة بإسنادٍ صحيحٍ».

وقال العينيُّ «إسنادُ حديث عياض صحيح». ينظر: «إرشاد الفقيه إلىٰ معرفة أدلة التنبيه» لابن كثير [٢/٩٤]، و«نخب الأفكار في تنقيح شرح معاني الآثار» للعيني [١٦/٤٠٧].

. . . .

إلىٰ صاحبِه واجبٌ، فإنْ أمكَن إيصالُ العينِ إليه بمَجيئِه[1] فبها ونِعْمَتْ، وإلا يَتَصَدَّقُ بها، فيَكُونُ الثوابُ له، وإنْ شاء أمسك بها ولَمْ يَتَصَدَّقْ، علىٰ رجاءِ أنْ يَجِيءَ صاحبُها، ثم بعدَ التصدُّقِ إنْ جاء صاحبُها: فإنْ شاء أمضى الصدقةَ، فكان الثوابُ له؛ لأن الإجازةَ في الانتهاءِ كالإجازةِ في الابتداءِ، ولكنْ لا يُشْتَرطُ قيامُ المحلِّ وَقْتَ الإجازةِ؛ لأن المِلْكَ يَثْبُتُ للفقيرِ قبْلَها.

بخلافِ ما إذا باعَ الفُضُولِيُّ مالَ غيرِه، حيثُ يُشْتَرطُ للإجازةِ قيامُ المحلِّ؛ لأن المِلْكَ لا يَثْبُتُ قَبْلَ الإجازةِ بل بعدَها، وإنْ شاء ضَمَّنَ المُلْتَقطَ؛ لأنه تصَرَّفَ في مالِ غيرِه بغيرِ إذْنِه، فكان سببًا للضَّمانِ.

غايةُ ما في البابِ: أنه تَصرَّفَ بإباحةٍ شرعيَّةٍ، وهي لا تُنافِي الضَّمانَ، أَلَا تَرىٰ أن تَناوُلَ مالِ الغيرِ في حالِ المَخْمَصَةِ[2] يَحِلُّ بإباحةٍ شرعيَّةٍ، لكن معَ الضَّمانِ، وكذا الرمْيُ إلىٰ الصيدِ مُباحٌ، وكذا المشْيُ في الطريقِ مُباحٌ، فإذا هلَك بذلك شيءٌ؛ يَجِبُ الضَّمانُ علىٰ الرامِي والماشي؛ لأن إسقاطَ حقٍّ مُحْتَرمٍ لا يَجُوزُ بلا ضَمانٍ، وإنْ شاء ضَمَّنَ المسكينَ؛ لأنه قَبَضَ مالَ الغيرِ بغيرِ إذْنِه، فصار المُلْتَقطُ كالغاصِبِ، والمسكينُ كغاصِبِ الغَاصِبِ، لكن أَيُّهما ضَمِن لا يَرْجِعُ علىٰ صاحبِه بشيءٍ.

أمَّا المسكينُ: فلأنَّهُ أخَذَ لنفسِه، ومَن أخَذَ لنفسِه لا يَرْجِعُ علىٰ أحدٍ، كالمُسْتَعِيرِ.

وأمَّا المُلْتَقطُ: فلأنه لَمَّا ضَمِن؛ مَلَكَ اللُّقَطَةَ مِن وَقت التصدُّقِ [٤/٤٤٣و/م]، فتبَيَّن أنه تصَدَّق بمِلْكِ [٢/٧و] نفْسِه، ثم تَضْمينُ[3] المسكينِ إنْ شاء: علىٰ تقديرِ

---

(١) وقع بالأصل: «إيصال العين بمحبة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ر».

(٢) المَخْمَصَةُ: الجُوع والمَجَاعة. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) وقع بالأصل: «يضمن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَاجِبٌ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ، وَذَلِكَ بِإِيصَالِ عَيْنِهَا عِنْدَ الظَّفَرِ بِصَاحِبِهَا، وَإِيصَالِ الْعِوَضِ وَهُوَ الثَّوَابُ عَلَىٰ اعْتِبَارِ إِجَازَتِهِ التَّصَدُّقَ بِهَا، وَإِنْ شَاءَ أَمْسَكَهَا رَجَاءَ الظَّفَرِ بِصَاحِبِهَا.

قَالَ: **فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا** يَعْنِي: بَعْدَ مَا تَصَدَّقَ بِهَا **فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَمْضَىٰ الصَّدَقَةَ** وَلَهُ ثَوَابُهَا؛ لِأَنَّ التَّصَدُّقَ وَإِنْ حَصَلَ بِإِذْنِ الشَّرْعِ ....

غاية البيان

هلاكِ اللُّقَطَةِ، فإنْ كانت قائمةً أخذَها منه إنْ شاء؛ لأنها عينُ حقِّه.

قال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «قال القاضي أبو جعفرٍ: إنْ تَصَدَّق بإذْنِ القاضي؛ ليس له أنْ يُضَمِّنَهُ، فإنْ كانت في يدِ الفقيرِ يَأْخُذُها المالِكُ، فإنْ كان المُلْتَقِطُ محتاجًا؛ له أن يَصْرِفَ اللُّقَطَةَ إلىٰ حاجتِه بعدَ التعريفِ، وإنْ كان غنيًّا؛ ليس له ذلك»[1].

فَإِنْ قُلْتَ: قولُكم: المِلْكُ يَثْبُتُ للفقيرِ قبلَ الإجازةِ مُسَلَّمٌ، ولكن إذا كان كذلك فكيفَ صحَّ استردادُ صاحبِ اللُّقَطَةِ؟

قُلْتُ: لا يَلْزَمُ مِن ثُبوتِ المِلْكِ عدمُ الاستردادِ؛ كالهبةِ يَثْبُتُ فيها المِلْكُ للموهوبِ له، ومعَ هذا يَصِحُّ استردادُ الواهبِ.

يُوضِّحُهُ: أن المُرْتَدَّ بعدَ اللَّحَاقِ بدارِ الحربِ إذا عاد ثانيًا، يَأْخُذُ ما كان قائمًا مِن المالِ في يدِ ورثتِه، معَ أن المِلْكَ كان ثابتًا لهم قبلَ العَوْدِ.

قولُه: (وَذَلِكَ)، إشارةٌ إلىٰ إيصالِ الحقِّ إلىٰ المُسْتَحِقِّ.

قولُه: (وَهُوَ الثَّوَابُ)، الضميرُ راجعٌ إلىٰ العِوَضِ.

قولُه: (عَلَىٰ اعْتِبَارِ إِجَازَةِ الْمَالِكِ)، وإنما قَيَّدَ به؛ لأنه إذا لَمْ يَجُزِ التصدُّقَ؛ لا يَكُونُ الثوابُ للمالكِ.

---

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٤٠٠].

لَمْ يَحْصُلْ بِإِذْنِهِ، فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ إِجَازَتِهِ، وَالمِلْكُ يَثْبُتُ لِلْفَقِيرِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ، فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ قِيَامِ الْمَحِلِّ بِخِلَافِ بَيْعِ الْفُضُولِيِّ لِثُبُوتِهِ بَعْدَ الْإِجَازَةِ فِيهِ.

وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْمُلْتَقِطُ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَ مَالَهُ إِلَىٰ غَيْرِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، إِلَّا أَنَّهُ بِإِبَاحَةٍ مِنْ جِهَةِ الشَّرْعِ، وَهَذَا لَا يُنَافِي الضَّمَانَ حَقًّا لِلْعَبْدِ كَمَا فِي تَنَاوُلِ مَالِ الْغَيْرِ فِي

غاية البيان

قولُه: (لَمْ يَحْصُلْ بِإِذْنِهِ)، أي: بإذْنِ المالكِ.

قولُه: (فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ إِجَازَتِهِ)، أي: يتوَقَّفُ نفاذُ التصدُّقِ علىٰ إجازةِ المالكِ، فإنْ أجاز نفَذَ، وإلا فلا.

قولُه: (وَالمِلْكُ يَثْبُتُ لِلْفَقِيرِ قَبْلَ الْإِجَازَةِ، فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ قِيَامِ الْمَحِلِّ)، **هذا جوابُ سُؤَالٍ مُقدَّرٍ بأنْ يُقالَ:** لَمَّا توَقُّفَ نفاذُ التصدُّقِ علىٰ إجازتِه؛ يَنْبَغِي أنْ يُشْتَرطَ وجودُ المحلِّ عندَ الإجازةِ، لكن لا يُشْتَرطُ حتَّىٰ إذا هلَك المالُ في يدِ الفقيرِ، ثم أجاز المالكُ، جاز.

فقال في جوابِه: المِلْكُ يَثْبُتُ للفقيرِ قبلَ الإجازةِ؛ لأنَّ المُلْتَقطَ لَمَّا أذِنَ له الشرعُ في التصَدُّقِ ملَكَهُ الفقيرُ؛ لأن التصَدُّقَ مِن أسبابِ المِلْكِ، فلَمْ يَتوقَّفْ ثُبوتُ المِلْكِ علىٰ وجودِ المحلِّ عندَ الإجازةِ.

قولُه: (لِثُبُوتِهِ)، **أي:** لثبوتِ المِلْكِ فيه؛ أي: في بيعِ الفُضُولِيِّ، وإذا أجاز المالكُ [٤/٤٤٣ظ/م] بيْعَ الفُضُولِيّ؛ يُشْتَرطُ لصحَّةِ الإجازةِ قيامُ الأربعةِ: المالِكِ، والمتعاقِدين، والمعقودِ عليه إذا كان الثمنُ دَيْنًا، وسيَجِيءُ ذلك في البيوعِ إنْ شاء اللهُ تعالىٰ.

قوله: (لِأَنَّهُ سَلَّمَ مَالَهُ إِلَىٰ غَيْرِهِ)، **أي:** لأن المُلْتَقطَ سَلَّم مالَ صاحبِ اللُّقَطَةِ إلىٰ غيرِ صاحبِ اللُّقَطَةِ.

حَالَةِ الْمَخْمَصَةِ، وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الْمِسْكِينُ إِذَا هَلَكَ فِي يَدِهِ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ مَالَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ، فَإِنْ كَانَ قَائِمًا أَخَذَهُ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ عَيْنَ مَالِهِ.

قَالَ: وَيَجُوزُ الِالْتِقَاطُ فِي الشَّاةِ، وَالْبَقَرِ، وَالْبَعِيرِ وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ رحمهما الله:

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ الِالْتِقَاطُ فِي الشَّاةِ، وَالْبَقَرِ، وَالْبَعِيرِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[1].

قال في «الشامل» في قِسمِ «المبسوط»: «الأفضلُ أخْذُ الضَّالَّةِ، وهو في سعةٍ مِن أنْ يَتْرُكَهَا»، وقال: «لأنه مُتَبَرِّعٌ»[2].

ونقَل صاحبُ «الهداية»: عن مالكٍ والشَّافِعِيّ رضي الله عنهما: **(إِذَا وَجَدَ الْبَعِيرَ وَالْبَقَرَ فِي الصَّحْرَاءِ؛ فَالتَّرْكُ أَفْضَلُ)**.

وقال في «شرح الأقْطَع»: قال الشَّافِعِيُّ: لا يَجُوزُ[3].

وقال في كتابِ «التفريع» لأصحابِ مالكٍ: «ومن وَجَد بعيرًا في الصحراءِ؛ فلا يَأْخُذْهُ، وليَتْرُكْهُ»[4].

وقال أحمدُ بنُ حنبلٍ: «لا يُتَعَرَّضُ لبعيرٍ، ولا لِمَا فيه قوَّةُ المنعِ عن نفسِه»[5]. يعني: الفرسَ والبقرَ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٥].

(٢) ينظر: «الشامل في شرْح المجرد» لشمس الأئمة البيهقي [ق٩٠].

(٣) وهو المذهب. ينظر: «الأم» للشافعي [١٣٥/٥]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» لأبي إسحاق الشيرازي [ص/ ١٣٣]. و«الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٥/٨]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٥٥٥/٤].

(٤) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك» لابن الجَلَّاب [٢٩٧/٢].

(٥) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص/ ٨٣]. و«المغني» لابن قدامة [١٠٧/٦]. و«كشاف القناع» للبهوتي [٢١٠/٤].

. . . .

لهم: ما رُوِيَ في «**الصحيح البُخَارِيِّ**»: مسندًا إلىٰ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الجُهَنِيِّ: أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ رَسُولَ اللهِ ﷺ عَنِ اللُّقَطَةِ، فَقَالَ: «**عَرِّفْهَا سَنَةً، ثُمَّ اعْرِفْ وِكَاءَهَا**[1] **وَعِفَاصَهَا**[2]، **ثُمَّ اسْتَنْفِقْ بِهَا، فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا، فَأَدِّهَا**» فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، فَضَالَّةُ الغَنَمِ؟ فَقَالَ: «**خُذْهَا، فَإِنَّمَا هِيَ لَكَ، أو لِأَخِيكَ، أو لِلذِّئْبِ**» قَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، فَضَالَّةُ الإِبِلِ؟ قَالَ: فَغَضِبَ رَسُولُ اللهِ ﷺ حَتَّىٰ احْمَرَّتْ وَجْنَتَاهُ[3]، أَوِ احْمَرَّ وَجْهُهُ، ثُمَّ قَالَ: «**مَا لَكَ وَلَهَا، مَعَهَا حِذَاؤُهَا وَسِقَاؤُهَا** [٢/٧ظ]، **حَتَّىٰ يَلْقَاهَا رَبُّهَا**»[4]، ولأنَّ الأصلَ في أخذِ اللُّقَطَةِ هو الحُرمةُ؛ لأنه تصرُّفٌ في مالِ الغيرِ بدونِ إذْنِه، وإنما أُبيحَ الأخْذُ لخوْفِ الضياعِ، وإذا كان معَ الدَّابَّةِ اللُّقَطَةِ ما يَدْفَعُ عن نفسِه ـ كالنَّطْحِ في البقرِ، والرَّفْسِ في البَعِيرِ والفَرَسِ ـ لا يَكُونُ الضياعُ غالبًا، إلا أن الضياعَ في حَيِّزِ الجوازِ، فجاز أخْذُها معَ أفضليَّةِ التركِ، وكراهةِ الأخذِ.

ولنا: أن اللُّقَطَةَ إذا كانت [٤/٤٤٤و/م] شاةً؛ يُسْتَحَبُّ أخْذُها بالإجماعِ؛ صيانةً لأموالِ الناسِ عن الضياعِ، فإذا خِيفَ الضياعُ على البَعِيرِ ونحوِه؛ يُسْتَحَبُّ الأخْذُ أيضًا لهذا المعنىٰ.

وقد دَلَّ علىٰ ما قُلنا: ما حدَّثَ الطَّحَاويُّ في «**شرح الآثار**»: مُسْنَدًا إلىٰ

---

(١) **الوِكَاءُ**: الخَيْط الذي تُشَدُّ به الصُّرَّة والكِيسُ، وغيرهما. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٥/٢٢٢/مادة: وَكَا].

(٢) **العِفَاصُ**: الوِعاءُ الذي تكونُ فيه النَّفَقة من جِلْد، أو خِرْقَة، أو غير ذلك. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٣/٢٦٣/مادة: عَفَصَ].

(٣) **وَجْنَتَاهُ**: مثنىٰ وَجْنَة، وهي مَا ارتفع من الخَدَّيْنِ، وفيها أربع لُغَاتٍ: بالواو، والهمزة، والفتح فيهما والكسر. ينظر: «فتح الباري» لابن حجر [٥/٩١].

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب اللقطة/ باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه لأنها وديعة عنده [رقم/ ٢٣٠٤]، ومسلم في كتاب اللقطة [رقم/ ١٧٢٢]، وغيرهما من حديث: زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه به. وهذا لفظ البخاري.

....

عَبْدِ اللهِ ابْنِ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ: أَنَّ رَجُلًا مِنْ مُزَيْنَةَ[١] أَتَىٰ رَسُولَ اللهِ ﷺ فَسَأَلَهُ: كَيْفَ تَرَىٰ فِي ضَالَّةِ الْغَنَمِ؟ قَالَ: **«طَعَامٌ مَأْكُولٌ لَكَ، أو لِأَخِيكَ، أو لِلذِّئْبِ، احْبِسْ عَلَىٰ أَخِيكَ ضَالَّتَهُ»** قَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، فكَيْفَ تَرَىٰ فِي ضَالَّةِ الإِبِلِ؟ قَالَ: **«مَا لَكَ وَلَهَا؟ مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا، وَلَا يُخَافُ عَلَيْهَا الذِّئْبُ، تَأْكُلُ الْكَلَأَ، وَتَرِدُ الْمَاءَ، دَعْهَا حَتَّىٰ يَجِيءَ طَالِبُهَا»**[٢].

فدلَّ [**الحديثُ**][٣]: أن المُبيحَ للأخذِ في الشاةِ هو خوْفُ الضياعِ، فإذا خِيفَ علىٰ البَعِيرِ الضياعُ؛ كان حُكْمُ البَعِيرِ حُكْمَ الشاةِ.

فَإِنْ قُلْتَ: يَنْبَغِي أَلَّا يَجُوزَ أَخْذُ اللُّقَطَةِ أصلًا؛ بدليلِ ما رُوِيَ في **«شرح الآثار»**: مُسْنَدًا إلىٰ الْجَارُودِ رضي الله عنه قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: **«ضَالَّةُ الْمُسْلِمِ حَرَقُ النَّارِ»**[٤].

قُلْتُ: تأويلُ ذلك إذا كان الالتقاطُ لمنفعةِ المُلْتَقِطِ؛ كالركوبِ ونحوِه، فأَمَّا إذا كان للتعريفِ فيَجُوزُ ذلك؛ بدليلِ ما رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ **«مَنِ الْتَقَطَ لُقَطَةً؛**

---

(١) **مُزَيْنَةُ**: قبيلة عربية، يُضاف إليها مَعالِمُ كثيرة في السيرة والحديث، وكانت مساكنُهم بين المدينة ووادِي القُرىٰ. ينظر: «المعالم الأثيرة في السنة والسيرة» لمحمد شُرَّاب [ص/ ٢٥٢].

(٢) أخرجه: أحمد في «المسند» [٢/ ١٨٠]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/ ١٣٥]، والدارقطني في «سننه» [٤/ ٢٣٦]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٤/ ١٥٢]، من حديث: عَبْدِ اللهِ بْنِ عَمْرِو بْنِ الْعَاص رضي الله عنه به نحوه. وهذا لفْظ الطحاوي.

قال العيني: «صحيح، ورجالُ الإسناد ثقات». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيّ [١٥/ ١١٠].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) أخرجه: أحمد في «مسنده» [٥/ ٨٠]، والنسائي في «السنن الكبرىٰ» [رقم/ ٥٧٩٥]، والدارمي في «سننه» [رقم/ ٢٦٠١]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/ ١٣٣]، وغيرهم من حديث: الجارود العبدي رضي الله عنه.

قال ابن حجر: «إسناده صحيح». ينظر: «فتح الباري» لابن حجر [٥/ ٩٢].

إِذَا وُجِدَ البَعِيرُ وَالْبَقَرُ فِي الصَّحْرَاءِ فَالتَّرْكُ أَفْضَلُ، وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ الْفَرَسُ، لَهُمَا أَنَّ الْأَصْلَ فِي أَخْذِ مَالِ الْغَيْرِ الْحُرْمَةُ وَالْإِبَاحَةُ مَخَافَةَ الضَّيَاعِ، وَإِذَا كَانَ مَعَهَا مَا يَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهَا يَقِلُّ الضَّيَاعُ، وَلَكِنَّهُ يَتَوَهَّمُ فَيَقْضِي بِالْكَرَاهَةِ، وَالنَّدْبُ

غاية البيان

فَلْيُشْهِدْ ذَوَيْ عَدْلٍ»[1]، وهذا هو الجوابُ عن الحديثِ الآخرِ، وهو قوله ﷺ: «لَا يُئْوِي الضَّالَّةَ إِلَّا الضَّالُّ»[2] يعني: إذا أخذَها لنفسِه.

الحَرَقُ ـ بفتحتَيْن ـ اسمٌ مِن الإحراقِ، وعن ثَعْلَبٍ[3]: «الحَرَقُ: اللهَبُ». يعني: أن تملُّكَها سببُ العقابِ بالنارِ.

والعِفَاصُ: الوِعَاءُ، تَكُونُ فيه النَّفَقةُ جِلْدًا كان أو خِرْقَةً، أو غيرُ ذلك، كذا قال أبو عُبَيْدٍ[4].

قولُه: (وَالْإِبَاحَةُ)، أي: إباحةُ أخْذِ اللُّقَطَةِ.

قولُه: (وَإِذَا كَانَ مَعَهَا)، أي: معَ اللُّقَطَةِ، يعني: إذا كانت [معَ][5] دابَّةٍ ما يَدْفَعُ عن نفْسِها كالنَّطْحِ والرَّفْسِ.

قولُه: (بِالْكَرَاهَةِ)، أي: بكراهةِ الأَخْذِ.

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) أخرجه: أحمد في «مسنده» [٣٦٠/٤]، وأبو داود في كتاب اللقطة/ باب التعريف باللُّقَطَة [رقم/ ١٧٢٠]، والنسائي في «السنن الكبرىٰ» [رقم/ ٥٧٩٩]، وابن ماجه في كتاب اللقطة/ باب ضالة الإبل والبقر والغنم [رقم/ ٢٥٠٣]، وغيرهم من حديث: جرير بن عبد الله البجلي رضي الله عنه به نحوه. قال ابنُ حزم: «هذا خبر لا يصح». ينظر: «المحلىٰ» لابن حزم [٢٦١/٨].
قلنا: وله شاهد عند مسلم في «صحيحه» في كتاب اللقطة/ باب في لقطة الحاج [رقم/ ١٧٢٥]، من حديث: زيد بن خالد الجهني رضي الله عنه، مرفوعًا بلفظ: «مَنْ آوَىٰ ضَالَّةً؛ فَهُوَ ضَالٌّ، مَا لَمْ يُعَرِّفْهَا».

(٣) حكاه عنه: الزمخشري في «الفائق في غريب الحديث» [١١٢/٤].

(٤) ينظر: «غريب الحديث» لأبي عُبيد [٢٠١/٢].

(٥) زيادة يستقيم بها المعنىٰ.

إِلَىٰ التَّرْكِ.

وَلَنَا: أَنَّهَا لُقَطَةٌ يُتَوَهَّمُ ضَيَاعُهَا فَيُسْتَحَبُّ أَخْذُهَا وَتَعْرِيفُهَا صِيَانَةً لِأَمْوَالِ النَّاسِ كَمَا فِي الشَّاةِ.

فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُلْتَقِطُ عَلَيْهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ؛ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ لِقُصُورِ وِلَايَتِه [٢٣٤/ظ] عَنْ ذِمَّةِ الْمَالِكِ.

غاية البيان

قولُه: (كَمَا فِي الشَّاةِ)، يعني: يُسْتَحَبُّ أَخْذُها بالإجماعِ.

قولُه: (فَإِنْ أَنْفَقَ الْمُلْتَقِطُ عَلَيْهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الْحَاكِمِ؛ فَهُوَ مُتَبَرِّعٌ)، هذا لَفْظُ [٤/٤٤٤ظ/م] القُدُوريِّ في «**مختصره**»، **وتمامُه فيه:** «وإنْ أَنفَق بأَمْرِه؛ كان ذلك دَيْنًا على صاحبِه، وإذا رُفِع ذلك إلى القاضي نظر فيه، فإنْ كان للبهيمةِ منفعةٌ آجَرَها، وأنفَق عليها مِن أُجْرَتِها، وإنْ لَمْ يَكُنْ لها منفعةٌ وخافَ أنْ تَسْتَغْرِقَ النفقةُ قيمَتَها باعَها، وأَمَر بحِفْظ ثمَنِها، وإنْ كان الأصلحُ الإنفاقَ عليها أَذِنَ في ذلك، وجَعَل النفقةَ دَيْنًا على مالِكِها»[1] إلى هنا لفْظُ القُدُورِيِّ.

اعلم: أنه إذا أنفَق على اللُّقَطَةِ بدونِ أَمْرِ القاضي يَكُونُ متبرِّعًا بما أنفَق، ولا يَرْجِعُ به على صاحبِها؛ لأنه أنفَق عليها بغيرِ أَمْرِ مَن له ذلك، فصار كما إذا علَفَ دابَّةَ غيرِه بغيرِ أَمْرِه، وإنْ أنفَق بأَمْرِ القاضي؛ يَرْجِعُ بذلك على صاحبِها؛ لعمومِ ولايةِ القاضي، وذلك لأنَّ للقاضي نظرًا في مصالحِ المسلمين وحِفْظِ أموالِهم، فلَمَّا رأى المصلحةَ بالإنفاقِ جاز ذلك، وصار دَيْنًا على صاحِبِها.

فإذا رُفِعَ أَمْرُ اللُّقَطَةِ إلى القاضي؛ نظَر فيها، إنْ كانت شيئًا يُمْكِنُ إجارتُه كالدابَّةِ؛ آجَرَها، وأنفَق عليها مِن أُجْرتِها؛ إيفاءً لحقِّ مالِكِها صورةً ومعنًى، بإبقاءِ العينِ والماليَّةِ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٥].

....

وإنْ لَمْ يُمْكِنْ إجارتُه [٢/٨و] ، كالشَّاةِ مثلًا ؛ يَبِيعُ ويحْفَظُ الثمنَ ؛ إبقاءً لحقِّ مالِكِها معنًى بالماليَّةِ[١] ، حيثُ لَمْ يُمْكِنْ إبقاءُ الصورةِ ؛ لأنه[٢] يَخافُ عليها أنْ تَسْتَأْصِلَ النفقةُ [القيمةَ][٣] ، ومعَ هذا لو رأى الإنفاقَ أصلَحَ أَذِنَ في الإنفاقِ ، وجعَل النفقةَ دَيْنًا على المالكِ ؛ لأن القاضيَ ناظِرٌ في أمورِ المسلمينَ ، فكلُّ ما رآه أحْوَطَ وأصلحَ ؛ كان له ذلك .

قال الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «فإنْ رفعَها إلى القاضي ، وأقامَ البَيِّنَةَ أنه التقَطَها ؛ أمَره أنْ يُنْفِقَ عليها على قَدْرِ ما يَرَى: يوميْن أو ثلاثةً»[٤] .

وهذا معنى قولِ صاحبِ «الهداية»: (وَفِي الْأَصْلِ شَرَطَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ) ، وذلك لأنه متى لَمْ يَأْمُرْهُ ؛ لا يُنْفِقُ ، ومتى لَمْ يُنْفِقْ تهْلِكِ اللُّقَطَةُ ، فيأمُرُ بالإنفاقِ إنْ أقامَ البَيِّنَةَ ، وإنْ قال: لا بَيِّنَةَ لي ، يَقُولُ له القاضي: أنفِقْ عليه إنْ كنْتَ فيما قلْتَ صادقًا ، ويُشْهِدُ القاضيَ على ذلك ، فإنْ كان صادقًا [٤/٤٤٥و/م] فيما قال رجَعَ ، وإنْ كان غاصبًا كاذبًا ؛ لا يَرْجِعُ .

قال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «قالوا: هذا إذا كانت اللُّقَطَةُ شيئًا لا يُخَافُ عليه الهلاكَ متى لَمْ يُنْفِقْ ، إلى أنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ ، أمَّا إذا كان يُخافُ ؛ فإن القاضيَ لا يُكَلِّفُهُ بإقامةِ البَيِّنَةِ ، لكن يَقُولُ له: أنفِقْ عليه إنْ كنْتَ صادقًا»[٥] .

قال الحاكمُ في «الكافي»: «فإذا باعَها ، أعطاه القاضي مِن ذلك الثمنَ ما

---

(١) وقع بالأصل: «المالية» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» .

(٢) وقع بالأصل: «لأنها» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» .

(٣) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» .

(٤) ينظر «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٤٩] .

(٥) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٢/ ٣٧٠] .

. . . .

أنفَق بأمْرِه في اليومين[١] أو الثلاثةِ؛ وذلك لأن الثمنَ مالُ صاحبِها، والنفقةُ دَيْنٌ علىٰ صاحبِها، وهو معلومٌ للقاضي، وصاحبُ الدَّيْنِ إذا ظَفِر بجنْسِ حقِّه؛ كان له أن يَأْخُذَهُ، وكان للقاضي أنْ يُعِينَهُ عليه»[٢].

وقال الحاكمُ أيضًا: «فإنْ لَمْ يَبِعْها حتىٰ جاء صاحبُها، وأقام البَيِّنَةَ أنها له؛ قَضىٰ له بها القاضي، وقضىٰ عليه بنفقةِ المُلْتَقِطِ»[٣]، هذا الذي ذكَره مِن إعطاءِ القاضي ما أنفَق مِن ذلك الثمنِ: إذا أمَره القاضي بالإنفاقِ، وشرَطَ له الرجوعَ، فإذا لم يَشْتَرِطْ؛ ففيه رِوايَتانِ: **في روايةٍ**: لا يَرْجِعُ. **وفي روايةٍ**: يَرْجِعُ. كذا ذكَر الوَلْوَالِجِيُّ في «**فتاواه**»[٤].

وذكَر فيها أيضًا: «وإذا باع اللُّقَطَةَ بأمْرِ القاضي؛ لَمْ يَكُنْ لصاحبِها إذا حضَر إلا الثمَنَ؛ لأن المُلْتَقِطَ إنما باعَها بأمْرِ القاضي؛ لأن بَيْعَهُ بأمْرِ القاضي كبَيْعِ القاضي، ولو باع القاضي جاز البيعُ، ولَمْ يَكُنْ لصاحبِها إلا الثمنَ، فكذا هذا.

وإنْ باعَها بغيرِ أمْرِ القاضي؛ لا يَنْفُذُ، ويَتَوَقَّفُ علىٰ إجازةِ المالِكِ؛ لأنه [باعه][٥] بغيرِ إذْنِ مَن له ولايةُ الإذْنِ، فبَعْد ذلك إنْ كانت اللُّقَطَةُ قائمةً في يدِ المشترِي؛ فهو بالخيارِ، إنْ شاء أجاز البيعَ، وإنْ شاء أبطَل البيعَ، وإنْ كانتِ اللُّقَطَةُ هالكةً في يدِ المشترِي؛ فصاحبُها بالخيارِ، إنْ شاء ضمَّنَ البائعَ القِيمَةَ، وإنْ شاء

---

(١) وقع بالأصل: «في اليوم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». ينظر: «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [١/ق١٦٥/أ/ مخطوط فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٢٢)].

(٢) ينظر «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٤٩].

(٣) ينظر «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٤٩].

(٤) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٢/٣٧٠].

(٥) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة».

وَإِنْ أَنْفَقَ بِأَمْرِهِ كَانَ ذَلِكَ دَيْنًا عَلَىٰ صَاحِبِهِ ؛ لِأَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةً فِي مَالِ الْغَائِبِ نَظَرًا لَهُ، وَقَدْ يَكُونُ النَّظَرُ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

وَإِذَا رُفِعَ ذَلِكَ إِلَىٰ الْحَاكِمِ نَظَرَ فِيهِ، فَإِنْ كَانَ لِلْبَهِيمَةِ مَنْفَعَةٌ آجَرَهَا وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْ أُجْرَتِهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِبْقَاءَ الْعَيْنِ عَلَىٰ مِلْكِهِ مِنْ غَيْرِ إِلْزَامِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ، وَكَذَلِكَ يُفْعَلُ بِالْعَبْدِ الْآبِقِ ....

غاية البيان

ضمَّنَ المشتري، فإنْ ضَمَّن البائعَ نفَذ البيعُ ؛ لأنه ملَكَ اللُّقَطَةَ مِن حين قبَضَها، وكان الثمنُ للبائعِ، ويَتَصَدَّقُ بما زاد على القِيمَةِ»[1].

قولُه: (وَإِنْ أَنْفَقَ بِأَمْرِهِ)، أي: بأمْرِ الحاكمِ.

قولُه: (نَظَرًا لَهُ)، أي: للغَائِبِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ)، أي: بعدَ خمسةِ خُطُوطٍ عندَ قولِه: (وَإِنْ كَانَ الْأَصْلَحُ الْإِنْفَاقَ [٤/٤٤٥ظ/م] عَلَيْهَا).

قولُه: (فَإِنْ كَانَ لِلْبَهِيمَةِ مَنْفَعَةٌ آجَرَهَا)، أي: إذا كانت البَهِيمَةُ مما يَصْلُحُ للإجارةِ ؛ كالفَرَسِ والبَعِيرِ.

قولُه: (وَكَذَلِكَ يُفْعَلُ بِالْعَبْدِ الْآبِقِ)، أي: يُؤْجِرُ الْآبِقَ، ويُنْفِقُ عليه مِن أُجْرَتِهِ.

قال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «لو احتاجَتِ اللُّقَطَةُ إلى النفقةِ ؛ يُنْفِقُ بأمْرِ القاضي، والأَوْلَىٰ أنْ يَأْمُرَهُ القاضي بأنْ يُؤَجِّرَ البَعِيرَ أو الثورَ، فيُنْفِقُ عليه مِن غَلَّتِه».

ثم قال: «والعبدُ الضَّالُّ كذلك»، ثم قال: «والآبِقُ لا يُؤَاجَرُ، فإنْ تطاولَتِ المُدَّةُ ؛ فالآن يَبِيعُه»[2].

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٢/٣٧٠].

(٢) وقع بالأصل: «فالآن يتبعه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وقد طالَعْنا سبْعَ نُسَخ مِن «خلاصة الفتاوىٰ» لافتخار الدين البخَارِيّ (ثلاث نُسَخ مِن مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا،=

وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنْفَعَةٌ وَخَافَ أَنْ يَسْتَغْرِقَ النَّفَقَةُ قِيمَتَهَا بَاعَهَا وَأَمَرَ بِحِفْظِ ثَمَنِهَا إِبْقَاءً لَهُ مَعْنًى عِنْدَ تَعَذُّرِ إِبْقَائِهِ صُورَةً.

وَإِنْ كَانَ الْأَصْلَحُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهَا أَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ وَجَعَلَ النَّفَقَةَ دَيْنًا عَلَى مَالِكِهَا؛ لِأَنَّهُ نُصِّبَ نَاظِرًا، وَفِي هَذَا نَظَرٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ؛ قَالُوا: إِنَّمَا يَأْمُرُ بِالْإِنْفَاقِ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ عَلَى قَدْرِ مَا يَرَى؛ رَجَاءَ أَنْ يَظْهَرَ مَالِكُهَا، فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ يَأْمُرْ بِبَيْعِهَا؛ لِأَنَّ دَارَّةَ النَّفَقَةِ مُسْتَأْصِلَةٌ، فَلَا نَظَرَ فِي الْإِنْفَاقِ مُدَّةً مَدِيدَةً.

قَالَ رضي الله عنه: وَفِي «الأَصْلِ»: شَرَطَ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ

غاية البيان

قولُه: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنْفَعَةٌ)، أي: إذا [٢/٨ظ] لَمْ تكُنِ البَهِيمَةُ صالحةً للإجارةِ كالشاةِ.

قولُه: (وَأَمَرَ بِحِفْظِ ثَمَنِهَا)، أي: أمَر القاضي بحِفْظِ ثمَنِ البَهِيمَةِ.

قولُه: (أَذِنَ لَهُ فِي ذَلِكَ)، أي: أذِنَ القاضي للمُلْتَقِطِ في الإنفاقِ.

قولُه: (وَفِي هَذَا نَظَرٌ مِنَ الْجَانِبَيْنِ)، أي: في إِذْنِ القاضي لِلْمُلْتَقِطِ في الإنفاقِ، وجَعْلِ النفقةِ دَيْنًا على المالكِ؛ نظَرٌ مِن الجانبين: جانبِ المالكِ بإبقاءِ عيْنِ مالِه، وجانبِ المُلْتَقِطِ برجوعِه على المالكِ بما أنفَق.

قولُه: (وَفِي «الأَصْلِ»: شَرَطَ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ)، وقد مَرَّ بيانُه قُبَيْلَ هذا، وأراد بالأصلِ: «**المبسوط**»[1].

= ونسختان مِن مكتبة ولِيّ الدين أفندي، ونسخة مِن مكتبة فيْض الله، ونسخة مِن مكتبة نور عثمانية) فوجدنا العبارةَ هناك هكذا: «فالآن يَبِيعُهَا»! وقد ضُبِطَتْ بالشكل التام في نسخة (مكتبة فيض الله أفندي)، وهي غير مضبوطة في النُّسَخ الأخرى لكنها واضحة. ولعل ما نقَلَه المؤلفُ هنا أصح. وينظر: «خلاصة الفتاوى» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق٤٠١/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٢١)].

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٥١٢/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

أَنْ يَكُونَ غَصْبًا فِي يَدِهِ فَلَا يَأْمُرُ فِيهِ بِالْإِنْفَاقِ، وَإِنَّمَا يَأْمُرُ فِي الْوَدِيعَةِ، فَلَا بُدَّ مِنَ الْبَيِّنَةِ لِكَشْفِ الْحَالِ، وَلَيْسَتْ تُقَامُ لِلْقَضَاءِ.

وَإِنْ قَالَ: لَا بَيِّنَةَ لِي، يَقُولُ الْقَاضِي لَهُ: أَنْفِقْ عَلَيْهِ، إِنْ كُنْتَ صَادِقًا فِيمَا قُلْتَ حَتَّىٰ تَرْجِعَ عَلَى الْمَالِكِ إِنْ كَانَ صَادِقًا، وَلَا يَرْجِعُ إِنْ كَانَ غَاصِبًا.

وَقَوْلُهُ فِي «الْكِتَابِ»: وَجَعَلَ النَّفَقَةَ دَيْنًا عَلَىٰ صَاحِبِهَا إِشَارَةٌ إِلَىٰ أَنَّهُ إِنَّمَا يَرْجِعُ عَلَى الْمَالِكِ بَعْدَ مَا حَضَرَ وَلَمْ تُبَعِ اللُّقَطَةُ، إِذَا شَرَطَ الْقَاضِي الرُّجُوعَ

غاية البيان

قولُه: (وَلَيْسَتْ تُقَامُ لِلْقَضَاءِ)، جوابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ؛ بأَنْ يُقَالَ: كيفَ شَرَطَ في «الأصل» إقامةَ البيِّنَةِ، ولا تقُومُ البيِّنةُ إلا علىٰ مُدَّعًى عليه مُنكِرٍ، ولَمْ يُوجَدْ ذلك؟

فقال في جوابِه: وليست تُقَامُ البيِّنةُ لأجْلِ القضاءِ، حتىٰ يُشْتَرطَ المدَّعَىٰ عليه، بل أُقِيمَتْ لكَشْفِ الحالِ، يعني: أُقِيمَتْ حتىٰ يَنْكَشِفَ حالُ البَهِيمَةِ أنها لُقَطَةٌ، أو غَصْبٌ؛ لأن في الأوَّلِ: يَأْمُرُ القاضي بالإنفاقِ، وفي الثاني: لا.

قولُه: (وَإِنْ قَالَ: لَا بَيِّنَةَ لِي)، أي: إنْ قال المُلْتَقِطُ: لا بَيِّنَةَ لي علىٰ أن البَهِيمَةَ لُقَطَةٌ.

قولُه: (حَتَّىٰ تَرْجِعَ) بالنصبِ، تعليلٌ لقولِه: (بِقَوْلِ الْقَاضِي لَهُ)، أي: للمُلْتَقِطِ.

قولُه: (وَلَا يَرْجِعَ) بالنصْبِ أيضًا عطفًا علىٰ قولِه: (حَتَّىٰ يَرْجِعَ).

قولُه: (وَقَوْلُهُ فِي «الْكِتَابِ»: وَجَعَلَ النَّفَقَةَ دَيْنًا عَلَىٰ صَاحِبِهَا إِشَارَةٌ)، أراد بالكتابِ: «مختصر القُدُورِيِّ»[1].

وقولُه: (إِشَارَةٌ) خبرٌ لقولِه: (وَقَوْلُهُ) يعني: ذلك إشارةٌ إلىٰ أن المُلْتَقِطِ إنما يَرْجِعُ على المالكِ بما أنفَقَ؛ إذا شَرَطَ القاضي الرجوعَ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٥].

عَلَىٰ الْمَالِكِ، وَهَذِهِ رِوَايَةٌ، وَهُوَ الْأَصَحُّ.

قَالَ: وَإِذَا حَضَرَ - يَعْنِي: الْمَالِكَ - فَلِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْهُ حَتَّىٰ يُحْضِرَ النَّفَقَةَ؛ لِأَنَّهُ حَيٌّ بِنَفَقَتِهِ، فَصَارَ كَأَنَّهُ اسْتَفَادَ الْمِلْكَ مِنْ جِهَتِهِ، فَأَشْبَهَ الْمَبِيعَ، وَأَقْرَبُ مِنْ ذَلِكَ رَادُّ الْآبِقِ؛ فَإِنَّ لَهُ الْحَبْسَ لِاسْتِيفَاءِ الْجُعْلِ لِمَا ذَكَرْنَا، ثُمَّ لَا يَسْقُطُ دَيْنُ النَّفَقَةِ بِهَلَاكِهِ فِي يَدِ الْمُلْتَقِطِ قَبْلَ الْحَبْسِ، وَيَسْقُطُ إِذَا هَلَكَ بَعْدَ الْحَبْسِ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ بِالْحَبْسِ شَبِيهَ الرَّهْنِ.

غاية البيان

قولُه: (وَهَذِهِ رِوَايَةٌ)، **أي:** شَرْطُ الرجوعِ روايةٌ، فعلىٰ هذه الروايةِ إذا أمر القاضي بالإنفاقِ علىٰ اللُّقَطَةِ، ولَمْ يَشْتَرِطِ الرجوعَ علىٰ المالكِ لا يَرْجِعُ عليه، **وفي الروايةِ الأُخرىٰ:** يَرْجِعُ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا حَضَرَ - يَعْنِي: الْمَالِكُ - فَلِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْهُ حَتَّىٰ يُحْضِرَ النَّفَقَةَ) [٤/٤٤٦و/م]، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[1].

وقال الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «فإنْ قال الذي في يدِه الدابَّةُ: لا أدفعُها إليك حتىٰ تُعْطِيَنِي النفقةَ، كان له ذلك»[2].

وإنما قُلنا ذلك: لأن اللُّقَطَةَ سَلِمَتْ بنفقةِ المُلْتَقِطِ، فصار كأنَّ مالِكَها استفاد المِلْكَ مِن جهتِه، فكان له الحَبْسُ إلىٰ اسْتِيفَاء النفقةِ؛ كالبائعِ يَحْبِسُ المَبِيعَ إلىٰ اسْتِيفَاءِ الثمَنِ؛ لأن المشتَرِيَ استفاد المِلْكَ مِن جِهَتِهِ.

ومعنىٰ قولِه: (وَأَقْرَبُ مِنْ ذَلِكَ رَادُّ الْآبِقِ)، **أي:** أقربُ مِن المَبِيعِ إلىٰ اللُّقَطَةِ في الشَّبَهِ رادُّ الْآبِقِ؛ لأن الْآبِقَ يحْبِسُهُ مَن رَدَّهِ؛ لاستيفاءِ[3]؛ لأنه سَلِمَ لمالِكِه بعد

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٥].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٤٩].

(٣) وقع بالأصل: «لاستيفاء الجُعْل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

قَالَ: وَلُقَطَةُ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يَجِبُ التَّعْرِيفُ إِلَى أَنْ يَجِيءَ صَاحِبُهَا؛ لِقَوْلِهِ ﷺ فِي الْحَرَمِ: «ولا يَحِلُّ لُقَطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ».

غاية البيان

أنْ كان مُعَرَضًا للتَّوَىٰ[1] والتلَفِ، كما أن اللُّقَطَةَ يحبِسُها المُلْتَقِطُ لاستيفاءِ النفقةِ؛ لأنها سَلِمَتْ لصاحبِها بعدَ أنْ كانت عُرْضةً للتَّوَىٰ والتلَفِ، لكن دَيْنُ النفقةِ التي أمَرَ بها القاضي لا يَسْقُطُ إذا هلكَتِ اللُّقَطَةُ قبلَ الحبسِ، ويَسْقُطُ بعدَ الحبسِ، كما في الرهنِ[2] إذا هلَكَ بعدَ حَبْسِ المُرْتَهِنِ بالنفقةِ.

بيانُه فيما قال في «الذخيرة»: «إذا أبَىٰ أنْ يُنْفِقَ على الرهنِ؛ فالقاضي يَأمُرُ المُرْتَهِنَ بأنْ يُنْفِقَ عليه، فإذا قضَىٰ الدَّيْنَ؛ فللمُرْتَهِنِ أنْ يَحْبِسَ الرهنَ حتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ النفقةَ، ولو هلَكَ الرهنُ بعدَ ذلك لا شيءَ على الراهنِ».

ثم قال: «وهذا قول زُفَر، وقال أبو يوسف: ليس له أنْ يحبِسَ بالنفقة، فإذا هلَك في يد المُرْتَهِن؛ فالنفقةُ دَيْنٌ على الراهن بحاله».

قُلْتُ: وهذا الذي ذكَره مِن سقوطِ دَيْنِ النفقةِ بعدَ هلاكِ الرهنِ بعدَ الحبسِ؛ يَنْبَغِي أنْ يَكُونَ فيما إذا كانت قِيمَةُ الرهنِ وقِيمَةُ النفقةِ سواءً، أو قِيمَةُ الرهنِ أكثرَ، أمَّا إذا كانت [٢/٩و] قِيمَةُ الرهنِ أقلَّ؛ يَنْبَغِي أن يَرْجِعَ المُرْتَهِنُ بفَضْلِ النفقةِ.

قولُه: (قَالَ: وَلُقَطَةُ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[3]، يعني: بعدَ مُدَّةِ التعريفِ، وهي الحَوْلُ في الظاهرِ يَتَصَدَّقُ، أو يَنْتَفِعُ بنفسِه إنْ كان فقيرًا.

وقال في «وجيزهم»: «أمَّا لُقَطَةُ مكَّةَ: فلا يتَمَلَّكُها[4]؛ لقوله ﷺ: «لَا تَحِلُّ

(١) التَّوَىٰ: التلَف والهَلَاك. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٢٥٨/٣٧/مادة: توى].
(٢) وقع بالأصل: «كما أن الرهن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٥].
(٤) في «الوجيز»: «فلا يَتَملَّكها (ح، م)». ويعني بـ: (ح): الرمزَ به إلى أبي حنيفة. وبـ: (م): الرمزَ به=

. . . .

غاية البيان

لُقَطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ»[١]، معناه: على الدوام، وإلا لَمْ تَظْهَرْ فائدةُ التخصيصِ، وقيل: إنه يُمْلَكُ كسائرِ البلادِ»[٢] إلى هنا لَفْظُهُ.

ولنا: ما رُوِيَ في «**الصحيح البُخَارِيِّ**»: مُسْنَدًا إلى زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى رَسُولِ اللهِ [٤/٤٤٦ظ/م] ﷺ، فَسَأَلَهُ عَنِ اللُّقَطَةِ، فَقَالَ: «**اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنَكَ بِهَا**» قَالَ: فَضَالَّةُ الغَنَمِ؟ قَالَ: «**هِيَ لَكَ أو لِأَخِيكَ أو لِلذِّئْبِ**» قَالَ: فَضَالَّةُ الإِبِلِ؟ قَالَ: «**مَا لَكَ وَلَهَا، مَعَهَا سِقَاؤُهَا وَحِذَاؤُهَا، تَرِدُ المَاءَ وَتَأْكُلُ الشَّجَرَ حَتَّى يَلْقَاهَا رَبُّهَا**»[٣].

وجهُ الاستدلالِ به: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أطلَق ولَمْ يفْصِلْ بينَ لُقَطَةِ الحَرَمِ وغيرِها، ولأنها لُقَطَةٌ أُبِيحَ أَخْذُها، فجاز الانتفاعُ بها بعدَ الحَوْلِ كلُقَطَةِ الحِلِّ، ولأن في التصدُّقِ إبقاءَ مِلْكِ المالكِ مِن حيثُ المعنى، مِن حيثُ تحصيلُ الثوابِ له، فيَمْلِكُهُ المُلْتَقِطُ [كما][٤] في سائرِ اللُّقَطَةِ.

والجوابُ عما تمسَّك به الشَّافعيُّ فنَقُولُ: معناه: لا تَحِلُّ لُقَطَتُها، أي: رَفْعُها، إلا لمنْ عَرَّفها، وتخصيصُ[٥] حِلِّ الرفعِ للمُعَرِّفِ بلُقَطَةِ الحَرَمِ؛ لإزالةِ الوهمِ.

بيانُه: أن مكَّةَ مكانُ الغُرَباءِ؛ لأن الناسَ يَأْتُون إليها مِن الأقطارِ مِن كلِّ فَجٍّ

= إلى مالك بن أنس، كما نصَّ على ذلك في المقدمة. ينظر: «الوجيز/ مع شرح الرافعي» للغزالي [٥/١].

(١) هذا جزء من حديث أخرجه: البخاري في كتاب المغازي/ باب من شهد الفتح [رقم/ ٤٠٥٩]، وغيره من حديث: ابن عباس رضي الله عنهما.

(٢) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» لأبي حامد الغزالي [٣٦٩/٦].

(٣) مضى تخريجه.

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) وقع بالأصل: «ويختص». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

....

عميقٍ، ثم يَتَفَرَّقُون شَغَرَ بَغَرَ[١]، فالغالبُ أن لُقَطَتَها لغريبٍ لا يُدْرَىٰ عَوْدُه إلىٰ مكَّةَ، فلا فائدةَ إِذَنْ في التعريفِ، فيَنْبَغِي أن يَسْقُطَ التعريفُ أصلًا لعدمِ الفائدةِ، فأزال رسولُ اللهِ ﷺ ذلك الوهمَ، فقال: لا يَحِلُّ رَفْعُ لُقَطَتِها إلَّا لِمُعَرِّفِها[٢]، كما هو الحُكْمُ في غيرِها من البلادِ.

قال صاحب «**الجمهرة**»[٣]: يُقَالُ: نَشَدْتُ الضَّالَّةَ أَنْشُدُها نَشْدًا ونِشْدانًا؛ إذا طلبْتَها، وأنشدْتُ الضّالَّةَ إنشادًا؛ إذا عرَّفْتَها فقلْتَ: مَن ذَهَبَ له كذا [وكذا][٤]، وأنشدَ قولَ الشاعرَ[٥]:

يُسِيخُ[٦] لِلنَّبْأَةِ أَسْمَاعَهُ ❊ إِسَاخَةَ النَّاشِدِ لِلْمُنْشِدِ[٧]

وهذا البيتُ للمُثَقِّبِ العَبْدِيِّ، ورأيْتُ في «**شرح ديوان المُثَقِّب**»[٨]: «أنَّ الأَصْمَعِيَّ قال ـ وكان يَتَعَجَّبُ مِن هذا البيت ـ: هذا المُضِلُّ إذا سَمِع دُعاءَ ناشِدٍ

---

(١) **أي**: تَشَتَّتُوا فِي كُلِّ وَجْهٍ. وشَغَرَ بَغَرَ: هما اسْمانِ جُعِلَا واحدًا، وبُنِيَا علىٰ الفتْح. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) هذا رواية تفسيرية للمعنىٰ الذي استظهره المؤلف هنا، وأصلُ الحديث: «**لَا تَحِلُّ لُقَطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ**». وقد مضىٰ.

(٣) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٦٥٢/٢].

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) انظر: ديوان المثقب العبدي [ص/ ٤١].
ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به علىٰ أن الإنشاد يأتي بمعنىٰ التعريف، والمُنْشِد: هو المُعرِّف للضالَّة.

(٦) **يُرْوَىٰ**: يُسِيخ ويُصِيخ، بمعنًىٰ واحد. كذا جاء في حاشية: «ك»، و«م»، و«غ».
قلنا: والثاني هو المثْبَت في «ديوان المثَقّب».

(٧) **الناشِدُ**: الطالب، والمُنْشِدُ: المُعَرِّف، والإِصاخةُ: الاستماع، ويقال أيضًا: الإساخة. والنَّبْأةُ: النَّغمة والصوت. ينظر: «الكامل» للمبرد [٩٣/١].

(٨) لَمْ نظفر باسم مُؤلِّفه، ولَمْ يذْكره المؤلفُ علىٰ خلاف عادته.

وَلَنَا قَوْلُهُ ﷺ: «اعْرَفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً». مِنْ غَيْرِ فَصْلٍ، ولأَنَّهَا لُقَطَةٌ، وَفِي التَّصَدُّقِ بَعْدَ مُدَّةِ التَّعْرِيفِ إِبْقَاءُ مِلْكِ الْمَالِكِ مِنْ وَجْهٍ، فَيَمْلِكُهُ كَمَا فِي سَائِرِهَا، وَتَأْوِيلُ مَا رُوِيَ أَنَّهُ لَا يَحِلُّ [٢٣٥/و] الِالْتِقَاطُ إِلَّا لِلتَّعْرِيفِ، وَالتَّخْصِيصُ بِالْحَرَمِ لِبَيَانِ أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ التَّعْرِيفُ فِيهِ لِمَكَانِ أَنَّهُ لِلْغُرَبَاءِ ظَاهِرًا.

غاية البيان

ـ وهو الطالبُ ـ أساخَ إليه، وتعزَّىٰ عن مصيبتِه»[1].

وقال ابنُ الأعرابِيِّ[2]: هكذا كما يُقَالُ: «الثَّكْلَىٰ تَحِنُّ[3] إلىٰ الثَّكْلَىٰ».

قال في «ديوان الأدب»: «عِفَاصُ القَارُورَةِ: غِلافُها»[4].

والوِكَاءُ: رِبَاطُ القِرْبَةِ.

قولُه: (وَالتَّخْصِيصُ بِالْحُرْمِ) مَرَّ بيانُه. (فِيهِ)، أي: في الحَرَمِ.

(١) القصةُ مشهورة للأصمَعِيِّ مع بيْت أبي دُؤَاد الإيادِيِّ:

وَيُصِيخُ أَحْيَانًا كَمَا اسْـ ❊ ـتَمَعَ المُضِلُّ لِصَوْتِ نَاشِدِ

قال أبو حاتم السجستَانِيُّ: «سألتُ الأصمعَيَّ عن بيْت أبي دؤاد وقلتُ: أليس الناشِدُ هو المُضِلُّ؟ فقال: هذا كقولهم: «الثَّكْلَىٰ تُحِبُّ الثَّكْلَىٰ». كأنه يسْمَع صوتًا فيتأسَّىٰ به». ينظر: «سمط اللآلي في شرح أمالي القالي» لأبي عبيد البكري [١/١٤٥].

(٢) **ابنُ الأعرابِيّ**: هو مُحَمَّد بن زِيَاد أَبُو عبد الله بن الْأَعرَابِي مِن موَالِي بني هَاشم. كان مِن أكابر أئمة اللغة المُشار إليهم في معرفتها، ولَمْ يُرَ أحدٌ في عِلْم الشِّعْر أغزَر منه، وهو رَبِيب المفضَّل بن محمد صاحب: «المفضليات»، وله تصانيف كثيرة، منها: «أسماء الخيل وفرسانها»، و«تاريخ القبائل» و«النوادر»، وغير ذلك. (توفىٰ سنة: ٢٣١ هـ). ينظر: «تاريخ بغداد» للخطيب البغدادي [٣/٢٠١]، و«بغية الوعاة» للسيوطي [١/١٠٥].

(٣) كذا وقع: «تَحِنُّ» بالنون في آخِره في جميع النُّسَخ! والمشهور أنه: «تُحِبّ»، وهو مثل عربي معروف، يقولون: «الثَّكْلَىٰ تُحِبُّ الثَّكْلَىٰ». يعني: لأنها تَأْتَسِي بها في البُكَاء والْجَزَع. ينظر: «مجمع الأمثال» للميداني [١/١٥٣].

(٤) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [١/٤٦٠].

قَالَ: وَإِذَا حَضَرَ رَجُلٌ وَادَّعَى اللُّقَطَةَ؛ لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ، فَإِنْ أَعْطَى عَلَامَتَهَا؛ حَلَّ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ فِي الْقَضَاءِ.

غاية البيان

قولُه: (وَإِذَا حَضَرَ رَجُلٌ وَادَّعَى اللُّقَطَةَ؛ لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ حَتَّى يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ، فَإِنْ أَعْطَى عَلَامَتَهَا؛ حَلَّ لِلْمُلْتَقِطِ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ، وَلَا يُجْبَرُ عَلَى ذَلِكَ فِي الْقَضَاءِ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1].

وعندَ مالكٍ والشَّافعيِّ وأحمدَ رضي الله عنهم: يُجْبَر المُلْتَقِطُ على دَفْعِ اللُّقَطَةِ بعدَ إعطاءِ صاحبِها علامَتَها [٤/٤٤٧و/م]، بأنْ يُخبَر عن وزْنِها وعدَدِها ووكائِها ووعائِها، ويُصِيبُ في ذلك كلِّه؛ لِمَا حدَّثَ البُخَارِيُّ في «الصحيح»: بإسنادِه إلى زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الجُهَنِيِّ رضي الله عنه قَالَ: جَاءَ أَعْرَابِيٌّ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَسَأَلَهُ عَمَّا يَلْتَقِطُهُ، قَالَ: «عَرِّفْهَا سَنَةً، ثُمَّ اعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا، فَإِنْ جَاءَ أَحَدٌ يُخْبِرُكَ بِهَا، وَإِلَّا فَاسْتَنْفِقْ بِهَا»[2]. وفي رواية: «فَإِنْ جَاءَ رَبُّهَا؛ فَأَدِّهَا [٢/٩ظ] إِلَيْهِ»[3].

وجهُ الاستدلالِ به: أنه عليه الصلاة والسلام أَمَر بالدفْعِ بالعلَامةِ بدونِ إقامةِ البَيِّنَةِ، ولأن المُلْتَقِطَ لا نزاعَ له في المِلْكِ؛ لأنه[4] لا يدَّعِي المِلْكَ، وإنما نزاعُه في اليدِ، فكان نزاعُه مِن وجهٍ دونَ وجْهٍ، فاشْتَرَطْنا بيانَ العلامةِ دون إقامةِ البَيِّنَةِ.

ولنا: أن اليدَ والمِلْكَ كلُّ واحدٍ منهما حقٌّ مَقْصُودٌ للإنسانِ، ثم المِلْكُ لا يُسْتَحَقُّ بلا بَيِّنَةٍ، فكذا اليدُ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٥ - ١٣٦].
(٢) أخرجه: البخاري في كتاب اللقطة/ باب من عرف اللقطة ولم يدفعها إلى السلطان [رقم/ ٢٣٠٦]، وغيره من حديث: زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الجُهَنِيِّ رضي الله عنه. وقد تقدم تخريجه بلفظ آخر عنده.
(٣) أخرجه: البخاري في كتاب اللقطة/ باب إذا جاء صاحب اللقطة بعد سنة ردها عليه لأنها وديعة عنده [رقم/ ٢٣٠٤]، ومسلم في كتاب اللقطة [رقم/ ١٧٢٢]، وغيرهما من حديث: زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الجُهَنِيِّ رضي الله عنه.
(٤) وقع بالأصل: «ولأنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ ﵄ يُجْبَرُ، **وَالْعَلَامَةُ** مِثْلُ أَنْ يُسَمِّيَ وَزْنَ الدَّرَاهِمِ وَعَدَدَهَا وَوِكَاءَهَا وَوِعَاءَهَا، لَهُمَا أَنَّ صَاحِبَ الْيَدِ يُنَازِعُهُ فِي الْيَدِ، وَلَا يُنَازِعُهُ فِي الْمِلْكِ، فَيُشْتَرَطُ الْوَصْفُ لِوُجُودِ الْمُنَازَعَةِ مِنْ وَجْهٍ، وَلَا تُشْتَرَطُ إِقَامَةُ الْبَيِّنَةِ لِعَدَمِ الْمُنَازَعَةِ مِنْ وَجْهٍ.

غاية البيان

والدليلُ على أن اليدَ حقٌّ مَقْصُودٌ: أن المُدَبَّرَ إذا غصَبَهُ غَاصِبٌ يَلْزَمُ الضَّمَان لإزالتِه اليدَ المُحْترمةَ، وإنْ لَمْ يَكُنِ المُدَبَّرُ قابلًا للمِلْكِ، وإنما قلنا: يحِلُّ الدفعُ دونَ الجَبْرِ عليه؛ توفِيقًا بينَ الحديثَيْن: حديثِ الخَصْمِ، والحديثِ المشهورِ، وهو قولُه ﵇: «**البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ**»[1].

بيانُه: أن المشهورَ أوجبَ البَيِّنَةَ على المدَّعِي، وصاحبُ اللُّقَطَةِ مُدَّعٍ؛ فتَجبُ عليه البَيِّنَةُ، ولا يَسْتَحِقُّ اللُّقَطَةَ بدونِها، فلو استحقَّها بحُكْمِ الحديثِ الآخَرِ؛ يَلْزَمُ التعارُضُ على وجْهٍ يَلْزَمُ التنافيَ، وهو الاستحقاقُ وعدمُه.

والأصلُ في التعارُضِ: الجمْعُ عمَلًا بالدليلَيْن، فحَمَلْنا ما تمسَّكُوا على إباحةِ الدفْعِ، كَيْلَا يَلْزَمَ التعارضَ بقَدْرِ الإمكانِ، وليس هذا كَاللُّقَطَةِ[2]، حيثُ يُسْتَحَقُّ بالعلَامةِ، لأن مُدَّعِي اللَّقِيطِ يدَّعِي نسبَه على نفسِه، فيُصَدَّقُ بعلَامةٍ وغيرِ علامةٍ جميعًا.

أَمَّا مُدَّعِي اللُّقَطَةِ: فلا يُصَدَّقُ بغيرِ علامةٍ، فلا يُصَدَّقُ أيضًا بعلامةٍ، كما في سائرِ الدعاوَى، ولهذا كانت البَيِّنَةُ شرْطًا للاستحقاقِ، ثم إن المُلْتَقطَ إذا صدَّقَهُ

---

(١) أخرجه: البيهقي في «السنن الكبرى» [١٠/٢٥٢]، من حديث ابْن عَبَّاس ﵁ بهذا اللفظ.
قال ابنُ الملقن: «هَذَا الحَدِيث صَحِيح، رَوَاهُ الْبَيْهَقِيّ من رِوَايَة ابْن عَبَّاس مَرْفُوعًا».
وقال ابنُ أبي العِزّ: «أخرجه البيهقي وحسَّنَه النوويُّ من حديث ابن عباس ﵄». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٩/٤٥٠]، و«التنبيه على مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٥/٩١٥].

(٢) وقع بالأصل: «كاللقيط». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَلَنَا: أَنَّ الْيَدَ حَقٌّ مَقْصُودٌ كالْمِلْكِ، فَلَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِحُجَّةٍ وَهُوَ البينة؛ اعْتِبَارًا بِالْمِلْكِ إِلَّا أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ الدَّفْعُ عِنْدَ إِصَابَةِ الْعَلَامَةِ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «فَإِنْ جَاءَ

غاية البيان

بدونِ البَيِّنَةِ، ودفَعها إليه؛ يَأْخُذُ منه كفيلًا استيثاقًا لنفسِه، حتى إذا ظهَر الأمرُ بخلافِه، وتعذَّر الرجوعُ عليه؛ يَرْجِعُ على الكفيلِ.

قال في «خلاصة الفتاوى»: «يَأْخُذُ [٤/٤٤٧ظ/م] منه كفيلًا بلا خلافٍ، والخلافُ في الوَارثِ إذا لَمْ يُقِمْ بَيِّنَةً: أنه لا وَارثَ له سواهُ»[1].

أراد به: مسألةَ «الجامع الصغير»، وهي أن المِيرَاثَ إذا قُسِمَ بينَ الغُرَماءِ أو الوَرَثَةِ لا يُؤْخَذُ منهم كفيلٌ، ولا مِن وَارثٍ عندَ أبي حَنِيفَةَ.

وقالا: يُؤْخَذُ كما يُؤْخَذُ في الآبِقِ واللُّقَطَةِ[2].

وجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ثَمَّةَ: أن الكفالةُ وقعَتْ لمجهولٍ بعدَ ظهورِ الحقِّ، فلا يَجُوزُ تعطيلُ الحقِّ بباطلٍ؛ لأن الوَارثَ الغَائِبَ أو الغريمَ الغَائِبَ في وجودِه احتمالٌ، ولا يُدْرَى ذلك، والجهلُ لا يَصْلُحُ حُجَّةً.

وأمَّا الْآبِقُ واللُّقَطَةُ: قال في روايةٍ: لا أُحِبُّ أنْ يَأْخُذَ منه كفيلًا، وقال في روايةٍ: أُحِبُّ.

قال الصدرُ الشهيدُ في «شرح الجامع الصغير»: «فالروايةُ الأُولَى: قولُ أبي حَنِيفَةَ، والروايةُ الثانيةُ: قولُ أبي يوسفِ ومحمدٍ»[3].

وقال الزاهِدُ العَتَّابِيُّ: «وفي العبدِ الْآبِقِ واللُّقَطَةُ إذا وجَده إنسانٌ، فادَّعَى آخرُ أن ذلك له، وأقامَ البَيِّنَةَ؛ فإنه يُدْفَعُ إليه، ولا يَأْخُذُ منه كفيلًا عندَ أبي حَنِيفَةَ،

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق٤٠١].
(٢) ينظر: «الجامع الصغير وشرحه النافع الكبير» [ص/ ٥٣٠].
(٣) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص/ ٤٧١].

صَاحِبُهَا وَعَرَفَ عِفَاصَهَا وَعَدَدَهَا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ» وَهَذَا لِلْإِبَاحَةِ عَمَلًا بِالْمَشْهُورِ وَهُوَ قَوْلُهُ ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي» الْحَدِيثَ.

غاية البيان

وعندَهُما: يَأخُذُ، وإنْ دفعَ إليه بإخبارِه عن العَلامةِ، أو بقولِ العبدِ؛ يُؤْخَذُ منه كفيلٌ بالإجماعِ» إلى هنا لفْظُ العَتَّابِيِّ، وذلك لأنَّ الحقَّ ليس بظاهرٍ للحاضرِ، أَلَا تَرَىٰ أن له أنْ يَمْنَعَهُ، فصحَّ تأخيرُه للكفيلِ.

ثم اعلم: أن المُلْتَقِطَ إذا صَدَّقَه جاز دَفْعُها إليه؛ لأنه أقَرَّ بما ادَّعَىٰ، لكن هل يُجْبَرُ على الدفعِ؟ فيه اختلافُ المشايخِ.

قال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «منهم مَن قال: لا يُجْبَرُ، كما في الوَدِيعَةِ، ومنهم مَن قال: يُجْبَرُ، فإذا دفَع ثم أقام الآخرُ البَيِّنَةَ أنها له، إنْ كان العينُ قائمًا في يدِ القابضِ؛ يُقْضَىٰ للمُدَّعِي بالعينِ؛ لأن الدفعَ إلى القابضِ إنما حصَلَ بإقرارِ الدافعِ، ولا عِبْرةَ[1] للإقرارِ عندَ قيامِ البَيِّنَةِ، وإنْ كان هالكًا كان له الخيارُ، إنْ شاء [٢/١٠و] ضَمَّنَ المُلْتَقِطَ، وإنْ شاء ضَمَّنَ القابضَ، [فإنْ ضَمَّنَ القابضَ][2] فالقابضُ لا يَرْجِعُ على أحدٍ.

وإنْ ضَمَّنَ المُلْتَقِطَ؛ في روايةٍ: لا يَرْجِعُ على القابضِ، وفي روايةٍ: يَرْجِعُ، وهو **الصحيحُ**؛ لأن المُلْتَقطَ وإنْ أقَرَّ أن الحقَّ للقابِضِ، لكنَّ القاضيَ لَمَّا قضَىٰ بالمِلْكِ للمُدَّعِي بِالْبَيِّنَةِ [٤/٤٤٨و/م] فقد ظهَر كذبُ المُلْتَقِطِ في إقرارِه، والإقرارُ مما يَبْطُلُ بتكذيبِ القاضي، فإذا بطَل الإقرارُ؛ صار كأنه دَفَع مِن غيرِ تصديقِه، ثم ظهَر الأمرُ بخلافِه، فثَمَّةَ كان له أنْ يَرْجِعَ، فكذا هنا»[3].

---

(١) وقع بالأصل: «ولا غيره». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣٦٩/٢].

وَيَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا إِذَا كَانَ يَدْفَعُهَا إِلَيْهِ اسْتِيثَاقًا، وَهَذَا بِلَا خِلَافٍ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ الْكَفِيلَ لِنَفْسِهِ بِخِلَافِ التَّكْفِيلِ لِوَارِثٍ غَائِبٍ عِنْدَهُ، فَإِذَا صَدَّقَهُ قِيلَ: لَا يُجْبَرُ عَلَى الدَّفْعِ كَالْوَكِيلِ بِقَبْضِ الْوَدِيعَةِ، وَقِيلَ: يُجْبَرُ؛ لِأَنَّ الْمَالِكَ هَاهُنَا غَيْرُ ظَاهِرٍ، وَالْمُودِعَ مَالِكٌ ظَاهِرٌ.

وَلَا يَتَصَدَّقُ بِاللُّقَطَةِ عَلَى غَنِيٍّ؛ لِأَنَّ الْمَأْمُورَ بِهِ هُوَ الصَّدَقَةُ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «فَإِنْ لَمْ يَأْتِ» يَعْنِي: صَاحِبُهَا: «فَلْيَتَصَدَّقْ به» وَالصَّدَقَةُ لَا تَكُونُ عَلَى غَنِيٍّ، فَأَشْبَهَ الصَّدَقَةَ الْمَفْرُوضَةَ.

غاية البيان

قوله: (وَيَأْخُذُ مِنْهُ كَفِيلًا إِذَا كَانَ يَدْفَعُهَا إِلَيْهِ اسْتِيثَاقًا، وَهَذَا بِلَا خِلَافٍ).

وقال في فصلِ القضاءِ بالمواريثِ: (فِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ)، **يعني:** أنه في أخذِ الكفيلِ عندَ دفْعِ اللُّقَطَةِ روايتان، **والأصحُّ:** أنه على الخلافِ على قولِ أبي حَنِيفَةَ: لا يَأْخُذُ الكفيلَ؛ خلافًا لصاحبَيْه، ونَفْيُ[1] الخلافِ هنا مع إثباتِه في فصْلِ القضاءِ؛ كلامٌ متناقِضٌ مِن صاحبِ «**الهداية**».

قوله: (وَلَا يَتَصَدَّقُ بِاللُّقَطَةِ عَلَى غَنِيٍّ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[2]، وذلك لأن ما كان سبيلُه التصدُّقَ؛ لا يَجُوزُ صَرْفُه إلى غَنِيٍّ؛ لقوله عليه السلام: «**لَا صَدَقَةَ لِغَنِيٍّ**»[3]، أصلُه: الزكاةُ.

---

(١) وقع بالأصل: «وبقي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٦].

(٣) أخرجه: أبو داود في كتاب الزكاة/ باب من يعطى من الصدقة وحَدّ الغنى [رقم/ ١٦٣٤]، والترمذي في كتاب الزكاة/ باب ما جاء مَن لا تحل له الصدقة [رقم/ ٦٥٢]، والدارمي في «سننه» [رقم/ ١٦٣٩]، وغيرهم مِن حديث: عبد الله بن عَمْرو رضي الله عنه، مرفوعًا بلفظ: «**لَا تَحِلُّ الصَّدَقَةُ لِغَنِيٍّ، وَلَا لِذِي مِرَّةٍ سَوِيٍّ**».

قال الترمذي: «حديث عبد الله بن عمرو حديث حسن».

وقال ابنُ حجر: «سنده حَسن». ينظر: «التلخيص الحبير» لابن حجر [٥/ ٢١٢٦].

وَإِنْ كَانَ الْمُلْتَقِطُ غَنِيًّا ؛ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا ، وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله : يَجُوز ؛ لِقَوْلِهِ عليه السلام فِي حَدِيث أَبِي رضي الله عنه : «فَإِن جَاءَ صَاحِبُهَا فَادْفَعْهَا إِلَيْهِ وَإِلَّا فَانْتَفِعْ بِهِ» .

غاية البيان

قوله: (وَإِنْ كَانَ الْمُلْتَقِطُ غَنِيًّا ؛ لَمْ يَجُزْ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا) ، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[(١)].

وقال الشَّافِعِيُّ: يجوزُ الانتفاعُ للغَنِيِّ بعد مُضِيِّ المُدَّةِ ، ويَكُونُ قَرْضًا عليه[(٢)]. كذا في «**الأسرار**»[(٣)].

له: ما رُوِيَ في حديثِ أُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ: «أَنَّهُ أَصَابَ عَلَىٰ عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ صُرَّةً فِيهَا مِئَةُ دِينَارٍ ، فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يُعَرِّفَهَا سَنَةً ، ثُمَّ يَنْتَفِعَ بِهَا ، وَكَانَ أُبَيٌّ كَثِيرَ الْمَالِ مِنْ مَيَاسِيرِ أَصْحَابِ رَسُولِ اللهِ ﷺ ، فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يُعَرِّفَهَا سَنَةً ، فَعَرَّفَهَا سَنَةً ، فَلَمْ يَجِدْ مَنْ يَعْرِفُهَا ، فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَأْكُلَهَا»[(٤)].

وَرُوِيَ: «أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ رضي الله عنه أَصَابَ دِينَارًا عَلَىٰ عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ ، فَعَرَّفَهُ فَلَمْ يَجِدْ مَنْ يَعْرِفُهُ ؛ فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَأْكُلَهُ ، وَكَانَ لَا تَحِلُّ لَهُ الصَّدَقَةُ»[(٥)].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٦].

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٨/ ٩]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٣/ ٣٠٦]. و«روضة الطالبين» للنووي [٥/ ٤١٢]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٦/ ٣٦٩].

(٣) ينظر: «الأسرار» لأبي زيد الدَّبُوسِيّ [ق٣٩٦/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٣٣)].

(٤) **هذا الخبر بهذا السياق:** علَّقه الترمذيُّ في كتاب الأحكام/ باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم [٣/ ٦٥٦]، عن الشافعي رحمه الله: «أن أُبَيَّ بن كَعْبٍ أَصَابَ عَلَىٰ عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ صُرَّةً فِيهَا مِئَةُ دِينَارٍ...». وساقه.

وأصلُ الحديث: عند البخاري في كتاب اللقطة/ باب وإذا أخبره ربُّ اللقطة بالعلامة دفع إليه [رقم/ ٢٢٩٤]، ومسلم في «صحيحه» في كتاب اللقطة/ باب التعريف باللُّقَطَة [رقم/ ١٧٠١]، وغيره مِن حديث: أُبَيّ بن كعب رضي الله عنه، في سياق آخر.

(٥) **هذا الخبر بهذا السياق:** علَّقه الترمذيُّ في كتاب الأحكام/ باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل=

. . . .

كذا في «**الجامع التِّرمِذيِّ**».

ولنا: ما روىٰ أصحابُنا في كتبِهم: عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قال: «**لَا تَحِلُّ اللُّقَطَةُ، فَمَنِ الْتَقَطَ شَيْئًا؛ فَلْيُعَرِّفْهُ سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا؛ فَلْيَرُدَّهَا إِلَيْهِ، وَإِنْ لَمْ يَأْتِ فَلْيَتَصَدَّقْ بِهَا**»[1].

بيانُه: أن ما كان سبيلُه التصَدُّقَ، فلا يَجُوزُ صَرْفُه إلىٰ الغَنِيِّ، واللُّقَطَةُ بعدَ مُضِيِّ مُدَّةِ التعريفِ سبيلُها التصدُّقُ؛ بدليلِ قولِه: «**فَلْيَتَصَدَّقْ**» فلا يَجُوزُ صرْفُه إلىٰ المُلْتَقِطِ؛ لأنه غَنِيٌّ.

وقد رُوِيَ في «الأسرار»: عن عُمَرَ[2] وعليٍّ وابنِ عَبَّاسٍ رضي [٤/٤٤٨ظ/م]

= والغنم [٣/٦٥٦]، عن الشافعي ﷺ: «أَنَّ عَلِيَّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ ﷺ أَصَابَ دِينَارًا...». وساقه.

وأصلُ الحديث: عند أخرجه: أبو داود في/ [رقم/ ١٧١٤، ١٧١٥، ١٧١٦]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/١٩٤]، من طرق عن عَلِيِّ بْنَ أَبِي طَالِبٍ ﷺ به نحوه.

قلنا: وقد حسَّن ابنُ حجر بعضَ طُرقه ثم قال: «وأعلَّ البيهقيُّ هذه الروايات؛ لاضطرابها، ولمعارضتها لأحاديث اشتراط السَّنَة في التعريف؛ لأنها أصح». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٧/١٥٨ ـ ١٦٢]، و«التلخيص الحبير» لابن حجر [٤/٢٠٠٢].

(١) أخرجه: الدارقطني في «سننه» [٤/١٨٢]، والطبراني في «المعجم الأوسط» [٢/٣٥٣]، وفي «المعجم الصغير» [١/٦٢]، من حديث: أبي هريرة ﷺ به نحوه.

قال ابنُ حجر: «في إسناده يوسف بن خالد، وهو ضعيف».

وقال الهيثمي: «رواه الطبراني في الصغير والأوسط، وفيه يوسف بن خالد السمتي وهو كذاب». ينظر: «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٤٠]. و«مجمع الزوائد» للهيثمي [٤/٢٩٨].

(٢) الذي رأيناه في: «الأسرار» إنما هو عن ابن عُمَر ﷺ، وليس عُمَر ﷺ. ينظر: «الأسرار» لأبي زيد الدَّبُوسِيّ [ق٣٩٦/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٣٣)].

وآثر عمر أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (رقم ١٨٦٣٠) عَنْ سُوَيْدِ بْنِ غَفَلَةَ، عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، قَالَ فِي اللُّقَطَةِ: «يُعَرِّفُهَا سَنَةً، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا، وَإِلَّا تَصَدَّقَ بِهَا، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا بَعْدَمَا=

....

الله عنهم(١): أنه يَتَصَدَّقُ بها، فإذا جاء صاحبُها خُيِّرَ بينَ الأجْرِ والغُرْمِ، فإنِ اختارَ الغُرْمَ؛ كان أجْرُها للمُلْتَقطِ.

وقد روَىٰ محمدٌ في كتابِ «الأصل»: «عن أبي يوسفَ عن أبي حَنِيفَةَ عن حمَّادٍ عن إبراهيمَ أنه قال في اللُّقَطَةِ: يُعَرِّفُهَا حَوْلًا، فإنْ جاء صاحبُها، وإلا تصدَّق بها، فإنْ جاء صاحبُها فهو بالخيارِ، إنْ شاء أنفذَ(٢) الصدقةَ، وإنْ شاء ضَمَّنَه»(٣)، ولأنه مالٌ أُمِرَ بإمساكِه لطلبِ مُسْتَحِقِّه، فلا يَجُوزُ الانتفاعُ به مِن غيرِ حاجةٍ، كمالِ بيتِ المالِ، ولأنه غَنِيٌّ، فلا يَجُوزُ انتفاعُه بها، كما لو تصَدَّق بها علىٰ غَنِيٍّ آخر.

فَإِنْ قُلْتَ: قد جاء في «الصحيح البُخَارِيّ»، في حديث زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الجُهَنِيِّ: «**فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا وَإِلَّا فَشَأْنَكَ بِهَا**»(٤). فدلَّ علىٰ الانتفاعِ للمُلْتَقطِ غَنِيًّا كان أوْ فقيرًا.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ ذلك؛ لأن معناه: الزمْ شانَك بها في الحِفْظِ لصاحبِها، كما كان قبلَ الحَوْلِ؛ لأنه ﷺ ذكَر شأنًا مُعرَّفًا [٢/١٠ظ]، وهو الذي كان ثابتًا له قبلَ المُدَّةِ، وكذلك معنىٰ ما رُوِيَ في بعضِ الحديثِ: «**اصْنَعْ بِهَا مَا تَصْنَعُ بِمَالِكَ**»(٥)،

= يَتَصَدَّقُ بِهَا، خَيَّرَهُ، فَإِنِ اخْتَارَ الْأَجْرَ، كَانَ لَهُ، وَإِنِ اخْتَارَ الْمَالَ، كَانَ لَهُ مَالُهُ».

(١) ينظر في تخريج آثارهم «مصنف عبد الرزاق الصنعاني» [١٠/١٣٨]، «مصنف ابن أبي شيبة» [٤/٤١٤].

(٢) وقع بالأصل: «نفذ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٥٠٥/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٤) هذا جزء من حديث قد مضىٰ تخريجه.

(٥) أخرجه: ابن المنذر في «الأوسط» [١١/٣٩٧]، وسعيد بن منصور في «سننه»، كما في «فتح الباري» لابن حجر [٥/٨٤]، ومن طريقه ابن الجوزي في «التحقيق» [٢/٢٣٣]، من طريق عَبْد الْعَزِيزِ بْن مُحَمَّدٍ - هو الدَّرَاوَرْدِيُّ - سَمِعْتُ رَبِيعَةَ يُحَدِّثُ عَنْ يَزِيدَ مَوْلَىٰ الْمُنْبَعِثِ عَنْ زَيْدِ بْنِ خَالِدٍ الْجُهَنِيِّ رضي الله عنه به. =

. . . .

غاية البيان

أي: في الحِفْظِ والاحتياطِ، أَلَا تَرَىٰ أنه لا يَصْنَعُ بها كما يَصْنَعُ بمالِ نفْسه عندَهُم؛ لأنه يَتَمَلَّكُ أوَّلًا بتجديدِ[1] قَصْدِ التمليكِ، أو إذا[2] تقدَّم القصْدُ بالتمَلُّكِ في مُدَّةِ التعريفِ، أو لا بُدَّ مِن لفْظِ التمَلُّكِ أيضًا علىٰ قولٍ، وعلىٰ قولٍ: لا بُدَّ مِن تصرُّفٍ مُزِيلٍ للمِلْكِ، ومِثْلُ هذا لا يَتحقَّقُ في مالِ نفسِه، وأيضًا سبيلُه سبيلُ القَرْضِ عندَهم، ولا يَتحقَّقُ ذلك في مالِ نفسِه.

فَعُلِمَ: أن المرادَ منه حِفْظُها، كحِفْظِ مالِه.

والجوابُ عن حديثِ أُبَيٍّ: قال أصحابُنا: إنه كان فقيرًا؛ بدليلِ ما رَوَىٰ أَنَسٌ رضي الله عنه أَنَّهُ قَالَ: «كَانَ لِأُبَيِّ بنِ طَلْحَةَ[3] أَرْضٌ، فَجَعَلَهَا لِلهِ، فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ، فَقَالَ: **«اجْعَلْهَا[4] فِي فُقَرَاءِ قَرَابَتِكَ»** فَجَعَلَهَا فِي حَسَّان بْنِ ثَابِتٍ، وَأُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ»[5].

ولئِنْ سَلَّمْنَا أنه كان غنِيًا؛ لكن إنما جاز [له][6] الانتفاعُ بها؛ لأنه كان بإذْنِ الإمامِ فوقَع قَرْضًا[7]، وهو الجوابُ عن حديثِ عَلِيٍّ رضي الله عنه أيضًا؛ لأنه عليه السلام أقرَضَه؛

= **قلنا**: وقد مضىٰ تخريجه في سياق آخر.

(١) وقع بالأصل: «يتحد به». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «وإذا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «كَانَ لِأَبِي بن طَلْحَةَ». والمثبت من: «م»، و«غ»، و«ك».

(٤) وقع بالأصل: «وَاجْعَلْهَا». والمثبت من: «م»، و«غ»، و«ك».

(٥) علَّقه: البخاري في كتاب الوصايا/ باب إذا وقف أو أوصىٰ لأقاربه ومن الأقارب [٣/١٠١٠]، ووصَله: مسلم في «صحيحه» في كتاب الزكاة/ باب فضل النفقة والصدقة علىٰ الأقربين والزوج والأولاد والوالدين ولو كانوا مشركين [رقم/ ٩٩٨]، من طريق: حماد بن سلمة حدثنا ثابت عن أنس رضي الله عنه به نحوه.

(٦) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٧) وقع بالأصل: «فرضًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَكَانَ مِنَ الْمَيَاسِيرِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا يُبَاحُ لِلْفَقِيرِ حَمْلًا لَهُ عَلَىٰ رَفْعِهَا صِيَانَةً لَهَا، وَالْغَنِيُّ يُشَارِكُهُ فِيهِ.

وَلَنَا: أَنَّهُ مَالُ الْغَيْرِ فَلَا يُبَاحُ الِانْتِفَاعِ بِهِ إِلَّا بِرِضَاهُ؛ لِإِطْلَاقِ النُّصُوصِ،

غاية البيان

لأن إذْنَه على إنفاقه قَرْضٌ[1].

قالوا: لا تَخْلُو اللُّقَطَةُ بعدَ الحَوْلِ: إمَّا أنْ تَكُونَ في حُكْم الصدقةِ المأذونِ في قَبْضِها، أو في حُكْمِ القرْضِ لا يَجُوزُ أنْ تَكُونَ صدقةً؛ لأن الضَّمانَ يَثْبُتُ لمالِكِها، والصدقةُ إذا أكلَها الفقيرُ لا ضَمانَ فيها، فَعُلِمَ أنها كالقَرْضِ، وفيه الغَنِيُّ والفقيرُ سواءٌ.

قلنا [٤/٤٤٩و/م]: الصدقةُ لا تُنَافِي الضَّمانَ بالإجماعِ.

أمَّا عندَهم: فكالزكاةِ المعَجَّلةِ إذا استغنَىٰ الفقيرُ قبلَ الحَوْلِ.

وأمَّا عندَنا: إذا مات واحدٌ ولَمْ يُعْرَفْ له وَارثٌ، فتصدَّقَ بمالِه الإمامُ علىٰ فقيرٍ، ثم ظهَر له وَارثٌ.

قولُه: (مِنَ الْمَيَاسِيرِ)، أي: مِن الأغنياءِ، وهي جَمْعُ: الْمَيْسُورِ، ضِدُّ الْمَعْسُورِ، وهما صفتان عندَ سِيبَوَيْهِ، ومصدرانِ عندَ غيرِه.

قولُه: (يُبَاحُ لِلْفَقِيرِ حَمْلًا لَهُ عَلَىٰ رَفْعِهَا)، أي: ليَكُونَ حامِلًا له وباعِثًا علىٰ رَفْعِها.

قولُه: (لِإِطْلَاقِ النُّصُوصِ)، نحوُ قولِه تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩]، وقولِه تعالىٰ: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، وقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَعْتَدُوٓاْ﴾ [البقرة: ١٩٠]، وقوله تعالىٰ: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، إلا أنَّا

(١) وقع بالأصل: «فرض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَالْإِبَاحَةُ لِلْفَقِيرِ بما رَوَيْنَا أَوْ بِالْإِجْمَاعِ فَيَبْقَىٰ مَا وَرَاءَهُ عَلَىٰ الْأَصْلِ، وَالْغَنِيُّ مَحْمُولٌ عَلَىٰ الْأَخْذِ؛ لِاحْتِمَالِ افْتِقَارِهِ فِي مُدَّةِ التَّعْرِيفِ، وَالْفَقِيرُ قَدْ يَتَوَانَىٰ؛ لِاحْتِمَالِ اسْتِغْنَائِهِ فِيهَا، وَانْتِفَاعُ أُبَيٍّ رضي الله عنه كَانَ بِإِذْنِ الْإِمَامِ وَهُوَ جَائِزٌ بِإِذْنِهِ.

وَإِنْ كَانَ الْمُلْتَقِطُ فَقِيرًا فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا لِمَا فِيهِ مِنْ تَحْقِيقِ النَّظَرِ

غاية البيان

تركْنا ظواهرَ الآيِ بالإجماعِ في حقِّ التصَدُّقِ على الفقيرِ، أو باتِّفاقِ الأخبارِ، ولَمْ يُوجَدْ مِثْلُ ذلك في الغَنِيِّ، فبَقِيَ داخلًا تحتَ عمومِ الظاهرِ.

قولُه: (وَالْإِبَاحَةُ لِلْفَقِيرِ بما رَوَيْنَا)، وهو قولُه ﷺ: «فَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ»[1].

قولُه: (وَالْغَنِيُّ مَحْمُولٌ عَلَىٰ الْأَخْذِ؛ لِاحْتِمَالِ افْتِقَارِهِ فِي مُدَّةِ التَّعْرِيفِ)، هذا جوابٌ عما قال الشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ الانتفاعُ للغَنِيِّ بعدَ مُدَّةِ التعريفِ، حتَّىٰ يَكُونَ حاملًا علىٰ رَفْعِ اللُّقَطَةِ وصيانتِها؛ لأنه إذا عرَفَ أن اللُّقَطَةَ يَجُوزُ له الانتفاعُ بها بعدَ المُدَّةِ؛ يَرْفَعُها رجاءَ أنْ تَئُولَ إليه.

فقال في جوابِه: الحاملُ موجودٌ لجوازِ افتقارِه في مُدَّةِ التعريفِ، فلا حاجةَ إلىٰ تجويزِه للغَنِيِّ.

قولُه: (وَهُوَ جَائِزٌ بِإِذْنِهِ)، أي: بإِذْنِ الإمامِ، أي: الانتفاعُ باللُّقَطَةِ بعدَ المُدَّةِ جائزٌ للغَنِيِّ بإِذْنِ الإمامِ علىٰ وجْهٍ يَكُونُ قَرْضًا[2]؛ لوقوعِهِ في محلٍّ مُجْتَهَدٍ فيه، فإن الانتفاعَ للغَنِيِّ يَجُوزُ عندَ الشَّافِعِيِّ.

قولُه: (وَإِنْ كَانَ الْمُلْتَقِطُ فَقِيرًا؛ فَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ رحمه الله[3]، إذا مضَتْ مُدَّةُ التعريفِ، فلِلْمُلْتَقِطِ أن يَصْرِفَ اللُّقَطَةَ إلىٰ نفسِه إنْ كان فقيرًا؛ لأن حاجتَهُ مُقدَّمةٌ علىٰ حاجةِ غيرِه فيما في يدِه، ولهذا إذا وجَد الرِّكازَ؛

---

(١) هذا جزء من حديث قد مضىٰ تخريجه.

(٢) وقع بالأصل: «فرضًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٦].

مِنَ الْجَانِبَيْنِ، وَلِهَذَا جَازَ الدَّفْعُ إِلَىٰ فَقِيرٍ غَيْرِهِ، وَكَذَا إِذَا كَانَ الْفَقِيرُ أَبَاهُ، أَوِ ابْنَهُ أَوْ زَوْجَتَهُ، [٢٣٥/ظ] وَإِنْ كَانَ هُوَ غَنِيًّا لِمَا ذَكَرْنَا، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

له أنْ يَصْرِفَ [٤/٤٤٩ظ/م] الخُمسُ إلىٰ نفسِه إذا كان فقيرًا، ولأنَّ في صَرْفِ اللُّقَطَةِ إلىٰ المُلْتَقِطِ مراعاةَ النظرِ للجانِبَيْن جانِبِ المُلْتَقِطِ بالانتفاعِ، وجانِبِ المالكِ بحصولِ الثوابِ له، ولهذا المعنىٰ جاز دَفْعُها إلىٰ غيرِه مِن الفقراءِ، وهو وسائرُ الفقراءِ سواءٌ في الفقرِ، فجاز الانتفاعُ له أيضًا.

قولُه: (وَكَذَا إِذَا كَانَ الْفَقِيرُ أَبَاهُ، أَوِ ابْنَهُ [٢/١١و] أو زَوْجَتَهُ، وَإِنْ كَانَ هُوَ غَنِيًّا)، أي: وإنْ كان المُلْتَقِطُ غَنِيًّا.

ولفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»: «ويَجُوزُ أن يَتَصَدَّقَ بها إذا كان غَنِيًّا علىٰ أبيه، وابنِه، وزوْجتِه، إذا كانوا فقراءَ»[1]، وذلك لأن حقَّ اللُّقَطَةِ بعدَ مُضِيِّ المُدَّةِ: التصَدُّقُ علىٰ الفقراءِ، وهم فقراءُ، فجاز التصَدُّقُ بها.

[ثم][2] لا يَخْلُو التصَدُّقُ بها مِن أحدِ الأمرَيْنِ: إمَّا أنْ يَكُونَ نفْلًا، فجوازُه عليهم ظاهرٌ، وإمَّا أن يَكُونَ واجبًا؛ فيَجُوزُ التصَدُّقُ بذلك أيضًا علىٰ الأبِ، والابنِ والزوجةِ؛ لأن المُلْتَقِطَ لا يَدْفَعُ عن نفْسِه، بل عن غيرِه، وهو كالنائبِ في التصَدُّقِ عن غيرِه، ومَن استنابَ رجلًا في دَفْعِ صدقتِه، [جاز له][3] أنْ يدْفعَها إلىٰ هؤلاء، فكذلك المُلْتَقِطُ جازَ له أن يَتَصَدَّقَ باللُّقَطَةِ علىٰ هؤلاء.

قولُه: (وَكَذَا)، أي: لا بأسَ بأنْ ينتَفِعَ باللُّقَطَةِ: الأبُ الفقيرُ، والابنُ الفقيرُ.

قولُه: (لِمَا ذَكَرْنَا)، أي: لِمَا فيه مِن تحقيقِ النظرِ مِن الجانِبَيْن.

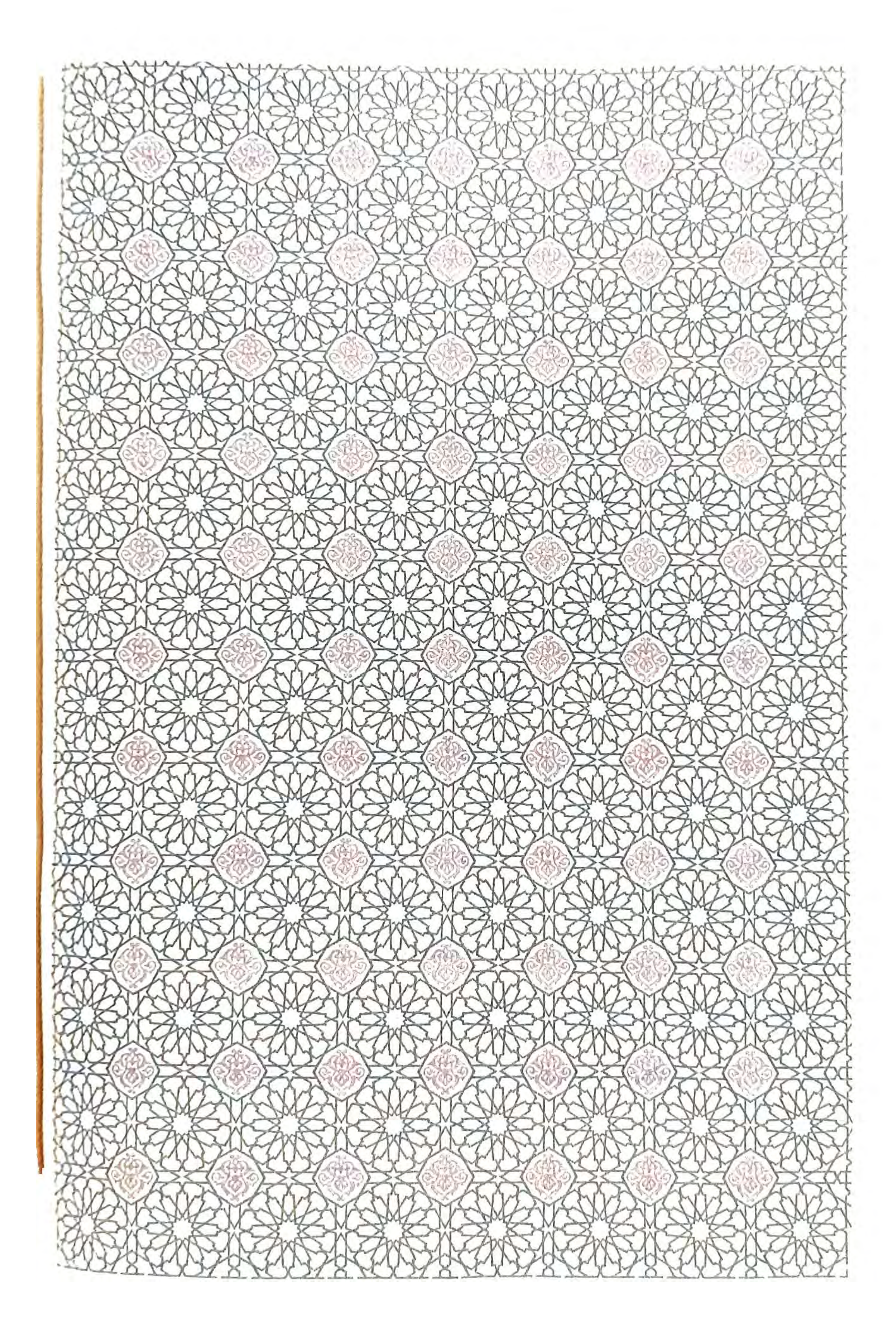
والله أعلَمُ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٦].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».





كِتَابُ الْإِبَاقِ

الآبِقُ أَخْذُهُ أَفْضَلُ فِي حَقِّ مَنْ يَقْوَىٰ عَلَيْهِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْيَائِهِ، وَأَمَّا الضَّالُّ

كِتَابُ الْإِبَاقِ[1]

وهذه الكتبُ ـ أعني: اللَّقِيطَ، واللُّقَطَةَ، والإِبَاقَ، والمَفْقُودَ ـ لتناسُبِها لِمَا فيها مِن معنىٰ التَّوَىٰ والتلَفِ توالَىٰ بعضُها خلْفَ بعْضٍ.

قال في «**المبسوط**»: «الإِبَاقُ: تمرُّدٌ في الانطلاقِ، وهو مِن سوءِ الأخلاقِ، ورَداءةِ الأعْراقِ، يُظْهِرُ العبدُ عن نفْسِه فِرارًا؛ ليَصِيرَ ماليَّتُهُ ضِمَارًا[2]، فرَدُّه إلىٰ مولاه إحسانٌ، فهل جزاءُ الإحسانِ إلا الإحسانَ»[3].

والْآبِقُ: هو الذي هرَب مِن مالِكه قصْدًا.

والضَّالُّ: هو الذي ضلَّ الطريقَ إلىٰ منزلِه.

قولُه: (الآبِقُ أَخْذُهُ أَفْضَلُ في حَقِّ مَنْ يَقْوَىٰ[4] عَلَيْهِ)، ونقَل صاحبُ «**خلاصة الفتاوىٰ**» عن «**الأصل**»، فقال: «في «**الأصل**»: «أخْذُ الْآبِقِ أفضلُ»[5] ثم قال: «وفي

---

(١) وقع بالأصل: «كِتَابُ الْإِبَاقِ والمَفْقُود». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) الضِّمَارُ: هو المال الغائبُ الذي لا يُرْجَىٰ، فإذا رُجِيَ فليس بضِمارٍ. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١٢/٢].

(٣) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيّ [١٦/١١].

(٤) وقع بالأصل: «أفضل من حق أن يقوىٰ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) لفظه هناك: «أرأيتَ الرجُلَ إذا وجَد عبداً آبِقًا أو أمَة أيسَعُه أنْ يتركه ولا يعْرِض له وهو قويٌّ علىٰ أخْذِه؟ قال: نعم، يسَعُه ذلك، ولكنه يأخذه فيرُدّه علىٰ أهْله فهو أحبُّ إلَيَّ». ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣٧١/٩/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

فَقَدْ قِيلَ: كَذَلِكَ. وَقِيلَ: تَرْكُهُ أَفْضَلُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْرَحُ مَكَانَهُ فَيَجِدُهُ الْمَالِكُ، وَلَا كَذَلِكَ الْآبِقُ، ثُمَّ آخِذُ الْآبِقِ يَأْتِي بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى حِفْظِهِ بِنَفْسِهِ بِخِلَافِ اللُّقَطَةِ، ثُمَّ إِذَا رُفِعَ الْآبِقُ إِلَيْهِ يَحْبِسُهُ، وَلَوْ رُفِعَ الضَّالُّ لَا يَحْبِسُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ عَلَى الْآبِقِ الْإِبَاقُ ثَانِيًا بِخِلَافِ الضَّالِّ.

غاية البيان

أَخْذِ الضَّالِّ اُخْتُلِفَ فيه»[1].

يعني: قال بعضُ المشايخِ: أَخْذُه أفضلُ لِمَا فيه مِن إحياءِ النفسِ، ومِن التعاوُنِ على البرِ كالآبِقِ.

[٤/٤٥٠و/م] **وقال بعضُهم**: تَرْكُ الضَّالِّ أفضلُ؛ لأنه لا يَبْرَحُ عن مكانِه، فيَجِيءُ صاحبُه فيأخُذُه، وليس كذلك الآبِقُ؛ لأنه إذا لَمْ يُؤْخَذْ يَضِيعُ حقُّ مولاه.

قولُه: (ثُمَّ آخِذُ الْآبِقِ يَأْتِي بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ)، وذلك لأن الآخِذَ لا يَقْدِرُ على حِفْظِه بنفسِه عادةً، فيأبَقُ مِن يدِه مرَّةً ثانيةً، فلا يحْصُلُ الغرضُ مِن أَخْذِه، فيَأتِي به إلى السُّلْطَانِ، أو إلى القاضي، فيَحْبِسُه منْعًا له عن الإِبَاقِ؛ نظرًا للمالِكِ، بخلافِ اللُّقَطَةِ؛ فإنه لا يَأْتِي بها إلى السُّلْطَانِ؛ لأنه قادرٌ على حِفْظِها بنفْسِه، وبخلافِ الضَّالِّ؛ فإنه لا يُحْبَسُ؛ لأنه الظاهرُ أنه لا يَأبَقُ إذا لَمْ يُحْبَسْ.

وهذا الذي ذكَره مِنَ الإتيانِ بالعبدِ الآبِقِ إلى السُّلْطَانِ: اختيارُ شمسِ الأئمَّةِ السَّرْخَسِيِّ[2].

وأمَّا اختيارُ شمسِ الأئمَّةِ الحَلْوَانِيُّ: فالآخِذُ بالخيارِ، إنْ شاء حَفِظه بالخيارِ، وإنْ شاء حَفِظَه بنفسِه، وإنْ شاء دفعَه إلى الإمامِ، وكذلك الضَّالُّ والضَّالَّةُ الواجِدُ فيهما بالخيارِ، كذا في «**الذخيرة**».

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/ ٤٠٠].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسيّ [١١/١٩].

. . . .

قال الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «وإذا أتَىٰ الرَّجلُ بالعبدِ، فأخَذَه السُّلْطَانُ فحَبَسه، فادَّعاه رَجلٌ، فأقامَ البَيِّنَةَ أنه عبْدُه، قال: يُسْتَحْلَفُ ما بعْتُه، ولا وهَبْتُه، ثم يَدْفَعُهُ إليه، ولا أُحِبُّ أنْ يَأْخُذَ منه كَفِيلًا، وإنْ أخَذ منه القاضي كَفِيلًا؛ لَمْ يَكُنْ مُسِيئًا، ولكنْ ألَّا يَأْخُذَه أَحَبُّ إلَيَّ».

قال الحاكمُ: «هذه روايةُ أبي حفصٍ، ورأيْتُ في بعضِ رواياتِ أبي سليمانَ: قال: أَحَبُّ إلَيَّ أنْ يَأْخُذَ منه كَفِيلًا، فإنْ لَمْ يَأْخُذْ منه كَفِيلًا؛ وَسِعَه ذلك، وإنْ لَمْ يَكُنْ للمُدَّعِي بَيِّنَةٌ، وأَقَرَّ العبدُ أنه عبْدُه، قال: يَدْفَعُهُ إليه، ويَأْخُذُ منه كَفِيلًا.

وإنْ لَمْ يَجِئْ للعبدِ طالِبٌ: قال: إذا طالَ ذلك؛ باعَه الإمامُ، وأمسك ثمَنَه حتىٰ يَجِيءَ له طالبٌ، ويُقِيمُ البَيِّنَةَ بأنَّ العبدَ عبْدُه، فيَدْفَعُ الثمنَ، ولا يَنْتَقِضُ بيْعُ الإمامِ، ويُنْفِقُ عليه الإمامُ في مُدَّةِ حَبْسِه مِن بيتِ المالِ [٢/١١ظ]، ثم يَأْخُذُهُ مِن صاحبِه إنْ حضَر، ومِن ثمَنِه إنْ باعَه»[1] إلىٰ هنا لفْظُ الحاكمِ في **«الكافي»**.

وقال في «الشامل» في قِسمِ «المبسوط»: أمَّا الحَلِفُ: فيُحْتَمَلُ أنه إنما قالَهُ؛ إذا ادَّعَىٰ العبدُ زوالَه عن مِلْكِه، ويُحْتَمَلُ أنه قال للاحتياطِ؛ لأنه جائزٌ زوالُه عن مِلْكِه، والقاضي خَصْمٌ عن الغائبين، وأخذُ الكفيلِ للاحتياطِ، وإنْ لَمْ يَأْخُذْ جاز لقيامِ البَيِّنَةِ.

وقال الوَلْوَالِجِيُّ في [٤/٤٥٠ظ/م] **«فتاواه»**[2]: فإنْ لَمْ يجِئْ للعبدِ طالبٌ؛ فالقاضي لا يُعَجِّلُ في بَيْعِه؛ لأن القاضي نُصِب ناظرًا، وتمامُ النظرِ: في صيانةِ العينِ عليه، ويُنْفِقُ عليه مِن بيتِ المالِ، ويَرْجِعُ بما أنفَق علىٰ مولاه.

فَإنْ قُلْتَ: ما الفرقُ بينَ العبدِ الآبِقِ، والعبدِ الضَّالِّ إذا طالَتِ المُدَّةُ، فإن

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٥٠].

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٢/٣٧٩].

قَالَ: وَمَنْ رَدَّ الْآبِقَ عَلَىٰ مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا؛ فَلَهُ عَلَيْهِ جُعْلُهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَإِنْ رَدَّهُ مِنْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ؛ فَبِحِسَابِهِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ.

القاضيَ يَبيعُ الْآبِقَ، ولا يُؤَاجِرُه[1]، ويُؤَاجِرُ الضَّالَّ، ولا يَبِيعُهُ؟

قُلْتُ: إجارةُ الْآبِقِ تعريضٌ له على الإِبَاقِ، وفي الإِبَاقِ إتلافٌ، وللقاضي ولايةُ الحِفْظِ لا الإتلافِ، بخلافِ الضَّالِّ؛ فإنه لا يَأْبِقُ غالبًا، ففي إجارتِه حِفْظُ[2] مالِ الغَائِبِ؛ لأنه يُنْفِقُ عليه مِن غَلَّتِه، ويَصِلُ إلى المولى عينُ مالِه.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ رَدَّ الْآبِقَ عَلَىٰ مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا؛ فَلَهُ عَلَيْهِ جُعْلُهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا، وَإِنْ رَدَّهُ مِنْ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ؛ فَبِحِسَابِهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[3]، وهذا الذي ذكَره استحسانٌ[4].

والقياسُ: ألَّا يَكُونَ له شيءٌ إلا بالشرطِ، كما إذا رَدَّ بهيمةً أو عبدًا ضالًّا.

وجهُ القياسِ: أنه تَبَرَّع عليه بمنافعِه، فإذا تَبَرَّع عليه بعينٍ مِن أعيانِ مالِه، لا يَرْجِعُ عليه، فكذا إذا تَبَرَّع بمنافِعِه، ولأن رَدَّ الْآبِقِ نهْيٌ له عن المنكرِ، والنهيُ عنِ المنكَرِ فرْضٌ فلا يَسْتَوْجِبُ فاعِلُ الفرضِ جُعْلًا.

ووجهُ الاستحسانِ: ما رَوَىٰ محمدُ بنُ الحسنِ في أَوَّلِ «كتابِ جُعْلِ الْآبِقِ»: «عن أبي يوسفَ عن أبي حَنِيفَةَ عن سعيدِ بنِ الْمَرْزُبَانِ عن أبي عَمْرٍو الشَّيْبَانِيِّ قال: كنْتُ قاعدًا عندَ عبدِ اللهِ بنِ مَسْعُودٍ رضي الله عنه، فجاء رَجلٌ، فقال: إن فلانًا قَدِمَ بأُبَّاقٍ[5]

(١) وقع بالأصل: «يؤاجر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «حفظا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٩].

(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» [٥/٣٠١]، «الهداية» [٦/١٣٨]، «الفتاوىٰ الهندية» [٢/٣١٥].

(٥) وقع بالأصل: «بآبِقٍ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا في: «الأصل المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن.

وَالْقِيَاسُ أَلَّا يَكُونَ لَهُ شَيْءٌ إِلَّا بالشَّرْطِ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رحمه الله؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِمَنَافِعِهِ، فَأَشْبَهَ الْعَبْدَ الضَّالَّ.

مِنَ الفَيُّومِ[١]، فقال القومُ: لقد أصابَ أجرًا، قال: عبدُ اللهِ: وجُعْلًا إنْ شاء اللهُ مِن كلِّ رأسٍ أربعين درهمًا»[٢].

ورَوَىٰ أبو يوسفَ[٣] هذا الحديثَ عن سعيدٍ نفْسِه. كذا ذكَر الحاكمُ في «**الكافي**»[٤].

ووجهُ الاستدلالِ به: أن عبدَ اللهِ عَلَّقَ الجُعْلَ بمشيئةِ الرَّادِّ، ولو لَمْ يَكُنْ واجبًا لعلَّقه بمشيئةِ المردودِ عليه؛ كالعِوَضِ في الهِبَةِ [٤/٤٥١و/م] لمَّا لَمْ يَكُنْ واجبًا؛ كان مُفَوَّضًا إلىٰ المَوْهُوبِ له، لا إلىٰ الوَاهِبِ، وهذا الحديثُ وإنْ كان موقوفًا علىٰ عبدِ اللهِ، كالمَرْوِيِّ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ لوجهَيْن:

أحدُهما: أن الجُعْلَ واجبٌ بخلافِ القياسِ، ولا يَجُوزُ العملُ بخلافِ القياسِ إلا بالنصِّ أو بالإجماعِ، فيُحْمَلُ علىٰ السماعِ مِن رسولِ اللهِ ﷺ.

= **والأُبَّاق**: جمْعُ آبِقٌ، مِثْل: كافر وكفار. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [١/٢/مادة: أبق].

(١) **الفَيُّوم** ـ بفتْح الفاء، وتشديد الياء، ثم واو ساكنة، وميم ـ: هي في موضعين: أحدهما ناحية في غربي مصر، في منخفضٍ مِن الأرض، والنيلُ مُشْرِف عليها. والآخر موضع قريب مِن مدينة هِيت ـ بكسْر الهاء ـ بالعراق، وهي علىٰ شاطئ الفرات.

ولعلَّ المقصود هنا بالفَيُّوم: الموضع الذي في العراق؛ حيث إن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه كان قد سكَن الكوفة، كما هو مشهور. ينظر: «معجم البلدان» لياقوت الحموي [٢٨٦/٤]، و«آثار البلاد وأخبار العباد» للقزويني [ص/ ٢٣٨].

(٢) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣٦٤/٩/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن أبي يوسف عن أبي حنيفة عن سعيد بن المَرْزُبان عن أبي عَمْرو الشيباني به.

(٣) أخرجه: أبو يوسف في «الآثار» [ص/ ١٦٦]، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمَرْزُبَانِ، عَنْ أَبِي عَمْرٍو الشَّيْبَانِيِّ بنحوه. وعنده: «قَدِمَ بِآبِقٍ مِنَ الْبَحْرَيْنِ». بدل قوله: «قدِم بأُبَّاقٍ من الفَيُّوم».

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٥٠].

وَلَنَا: أَنَّ الصَّحَابَةَ رِضْوَانُ اللهِ عَلَيْهِمْ اتَّفَقُوا عَلَىٰ وُجُوبِ أَصْلِ الْجُعْلِ،

غاية البيان

والثاني: أنه قَدَّر الجُعْلَ بأربعين درهمًا، ولا اهتداءَ للعقلِ في معرفةِ المقاديرِ، وإنما طريقُها السماعُ والتوقيفُ، فكان قولُه كالمَرْوِيِّ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ؛ لصيانَتِه عن الجُزَافِ والكذبِ.

وفي الحديثِ: دليلٌ على أن رَدَّ الآبِقِ مندوبٌ إليه؛ لأنَّهم قالوا: «لقد أصاب أجرًا»، أي: ثوابًا في الآخرةِ، ولأن حُرْمَةَ مالِ المسلمِ، كحُرْمَةِ دمِه، وإحياءُ النفسِ أمْرٌ مندوبٌ إليه، فكذا إحياءُ المالِ.

أو نَقولُ: إن الصحابةَ اجتمعَتْ على أصلِ الوجوبِ في الجُعْلِ وإنِ اختَلَفُوا في كَمِّيتِهِ.

قال عُمَرُ في جُعْلِ الْآبِقِ: دينارٌ، أو اثنا[1] عشرَ درهمًا[2].

وقال عَلِيٌّ في جُعْلِ الْآبِقِ: دينارٌ[3]، أو عشرةُ دراهمَ[4].

وعبدُ اللهِ بنُ مَسْعُودٍ: أوْجَبه [٢/١٢و] أربعينَ درهمًا على ما سبَق آنفًا.

وعن عَمَّارِ بنِ يَاسِرٍ أنه قال: «إنْ رَدَّهُ في المِصْرِ فله عَشَرَةٌ، وإنْ رَدَّهُ مِن خارجِ المِصْرِ استَحَقَّ أربعين»[5].

فكلُّ مَن قال بأنَّ الجُعْلَ لا يَجِبُ؛ فقد خالَفَ الإجماعَ، ثم حمَلْنا الأربعينَ

---

(١) وقع بالأصل: «دينارًا، أو اثني». والمثبت من: «غ»، و«ك».

(٢) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ٢١٩٤٠]، عن عُمَر رضي الله عنه به.

(٣) وقع بالأصل: «دينارًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) أخرجه محمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٣٦٥ - ٣٦٦/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن عَلِيّ رضي الله عنه به.

(٥) أخرجه محمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٣٦٦/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن عَمَّار بن يَاسِرٍ رضي الله عنه به.

إِلَّا أَنَّ مِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ أَرْبَعِينَ، وَمِنْهُمْ مَنْ أَوْجَبَ مَا دُونَهَا فَأَوْجَبْنَا الْأَرْبَعِينَ

علىٰ مسيرةِ السفرِ وما فوقَها، وما دونَ الأربعين علىٰ ما دونَ مسيرةِ السفرِ؛ توفيقًا بينَ الأحاديثِ المتعارضةِ، ولَمْ نَأْخُذْ بالأقلِّ لتيقُّنِه لإمكانِ العملِ بالأقلِّ والأكثرِ جميعًا.

والقياسُ علىٰ الضَّالِّ والبهيمةِ ليس بصحيحٍ؛ لأن القياسَ: ألَّا يجبَ في رَدِّ الْآبِقِ، إلا أنا تركْنا القياسَ بالسمعِ، ولا سَمْعَ[1] في الضَّالِّ والبهيمةِ؛ فوجَب العملُ بالقياسِ فيهما.

وقال خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «عن حمَّادٍ عن إبراهيمَ: أنه كان يَسْتَحِبُّ أن يُرْضَخَ للذي يَرُدُّ الْآبِقَ بشيءٍ، حتىٰ يَرُدَّ الناسُ بعضُهم بعضًا».

قال[2] [٤/٤٥١ظ/م]: يُرِيدُ بقولِه: «**يَسْتَحِبُّ**»، [أي][3]: يَسْتَحْسِنُ إيجابَ الرَّضْخِ؛ لأن الجُعْلَ لا يَجِبُ قياسًا، ويَجِبُ استحسانًا.

قولُه: (**فَلَهُ عَلَيْهِ جُعْلُهُ**)، أي: فللرادِّ علىٰ المولىٰ جُعْلُ الْآبِقِ.

والجُعْلُ: ما يُجْعَلُ للعاملِ علىٰ عملِه.

قولُه: (**لِأَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ**) وفي بعضِ النُّسَخِ: «**مِن أقلِّ مِن ذلك**»[4]، أي: مِن

---

(١) وقع بالأصل: «يسمع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) أي: خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله.

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) **لَمْ نظفر بهذا الاختلاف في**: «نُسَخ الهداية» التي بخطوط: المؤلِّف، والأَرْزَكَانِيّ، والقاسمِيّ، وابن الفصيح، والبَايسُوني، والشَّهْرَكَنْديّ، ولا في النسخة المنقولة عن نسخة المرْغِينَانِيّ [١/ق٤٤١/أ/ مخطوط جامعة برنستون ـ أمريكا/ (رقم الحفظ: ٣٥٩٣)]. ولا في «شروح الهداية» للسُّغْنَاقِيِّ، والكرْلاني، والخبَّازِيِّ، وتاج الشريعة المحبُوبِيّ، والكاكِيّ (وكلها مخطوطة) وابن الهُمَام والبابرتِيّ والعيْنِيّ.
وإنما هو من اختلاف نسخ القدوري، وعلىٰ هذا الخلاف شرح الحدادي في «الجوهرة النيرة» [١/٣٦١]، والأَسْبِيْجَابيّ في «زاد الفهاء» [ق/ ١٢٥/ب].

فِي مَسِيرَةِ السَّفَرِ وَمَا دُونَهَا فِيمَا دُونَهُ تَوْفِيقًا وَتَلْفِيقًا بَيْنَهُمَا ؛ وَلِأَنَّ إِيجَابَ الْجُعْلِ أَصْلُهُ حَامِلٌ عَلَى الرَّدِّ ؛ إِذِ الْحِسْبَةُ نَادِرَةٌ ، فَيَحْصُلُ صِيَانَةُ أَمْوَالِ النَّاسِ ، وَالتَّقْدِيرُ بِالسَّمْعِ وَلَا سَمْعَ فِي الضَّالِّ فَامْتَنَعَ ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى صِيَانَةِ الضَّالِّ دُونَهَا إِلَى صِيَانَةِ الْآبِقِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَوَارَى وَالْآبِقُ يَخْتَفِي.

وَيُقَدَّرُ الرَّضْخُ فِي الرَّدِّ عَمَّا دُونَ السَّفَرِ بِاصْطِلَاحِهِمَا ، أَوْ يُفَوَّضُ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي. وَقِيلَ: تُقْسَمُ الْأَرْبَعُونَ عَلَى الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ ؛ إِذْ هِيَ أَقَلُّ مُدَّةِ السَّفَرِ.

غاية البيان

موضعٍ أقلَّ من مسيرةِ ثلاثةِ أيَّامٍ.

قولُه: (وَمَا دُونَهَا فِيمَا دُونَهُ) ، أي: وأوْجَبْنا ما دون الأربعين فيما دونَ السفرِ.

قولُه: (وَتَلْفِيقًا) ، أي: جمْعًا بينَ الرواياتِ المتعارضةِ.

قولُه: (وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ إِلَى صِيَانَةِ الضَّالِّ ، دُونَهَا إِلَى صِيَانَةِ الْآبِقِ) ، يعني: أن الحاجةَ إلى صيانةِ الضَّالِّ أقلُّ مِن الحاجةِ إلى صيانةِ الآبِقِ ؛ لأن الضَّالَّ ظاهرٌ والآبِقَ مُخْتَفٍ ، فلَمَّا كان كذلك ؛ لَمْ يَكُنِ الضَّالُّ في معناه ، فلَمْ يَجِبِ الجُعْلُ في الضَّالِّ ؛ لأن الحُكْمَ إذا ثبتَ بخلافِ القياسِ ؛ لا يَثْبُتُ ذلك في غيرِ المنصوصِ ، إلا إذا كان في معناه مِن كلِّ وجهٍ.

قولُه: (وَيُقَدَّرُ الرَّضْخُ فِي الرَّدِّ عَمَّا دُونَ السَّفَرِ بِاصْطِلَاحِهِمَا ، أو يُفَوَّضُ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي. وَقِيلَ: تُقْسَمُ الْأَرْبَعُونَ عَلَى الْأَيَّامِ الثَّلَاثَةِ ؛ إِذْ هِيَ أَقَلُّ مُدَّةِ السَّفَرِ) ، وهذا الذي ذكَره تفسيرٌ لِمَا ذكَره القُدُورِيُّ بقولِه: «وإنْ ردَّه لأقلَّ مِن ذلك ؛ فبحِسَابه»[1].

قال في «الشامل» في قِسمِ «المبسوط»: وإنْ كان أقلَّ مِن ذلك ؛ رُضِخَ له في

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٩].

قَالَ: وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِينَ؛ يُقْضَىٰ لَهُ بِقِيمَتِهِ إِلَّا دِرْهَمًا.

روايةٍ، وفي روايةٍ: بحسابِ ذلك، يعني: أن الرَّضْخَ يَتَقَدَّرُ باصطلاحِ الرَّادِّ، ومالِكِ الْآبِقِ، أو يُقَدِّرُهُ القاضي علىٰ حسبِ ما يَرَاهُ، وقالُوا: هذا هو الأشبَهُ بالاعتبارِ.

وقال بعضُ مشايِخنا: يُقْسَمُ الأربعون علىٰ الأيَّامِ الثلاثةِ، فيَجِبُ بإزاءِ كلِّ يومٍ ثلاثةَ عشَرَ درهمًا، وثُلثَ درهمٍ[1].

قال في «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيِّ»: «وإذا كان العبدُ الْآبِقُ بينَ رَجُلَيْن أثلاثًا؛ فالجُعْلُ عليهما علىٰ قَدْرِ الأنْصِبَاءِ؛ لأن منفعةَ الرَّدِّ حصلَتْ لهما أثلاثًا، فيَكُونُ الجُعْلُ عليهما أثلاثًا»[2].

وقال فيها أيضًا: «رَجُلٌ [٤/٤٥٢و/م] قال لِرَجُلٍ: إن عبدِي [قد][3] أَبَقَ، فإنْ وجدْتَهُ فخُذْه، فقال: نعم. فأصابه المأمورُ به علىٰ مسيرةِ ثلاثةِ أيَّامٍ، وجاء به إلىٰ مولاه؛ فلا جُعْلَ له؛ لأنه استعان، وقد وعَدَ له الإعانةَ»[4].

يُقَالُ: رَضَخَ فُلانٌ لفُلانٍ مِن مالِه؛ إذا أعطاه قليلًا مِن كثيرٍ، والاسمُ: الرَّضِيخةُ[5]، يُقَالُ: أعطاه رَضِيخَةً مِن مالِه ورُضَاخَةً. كذا ذكَره ابنُ دُرَيْدٍ[6].

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِينَ؛ يُقْضَىٰ لَهُ بِقِيمَتِهِ إِلَّا دِرْهَمًا)،

---

(١) وقع بالأصل: «وثلاث دراهم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣٧٩/٢].

(٣) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة».

(٤) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣٨٢/٢].

(٥) **الرَّضِيخة والرُّضَاخة:** القليل من العَطِيَّة. وقيل: الرَّضْخُ والرَّضِيخة: العَطيّة المُقارِبة. ينظر: «لسان العرب» لابن منظور [١٩/٣/مادة: رضخ].

(٦) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٥٨٧/١].

قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَهُ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا؛ لِأَنَّ التَّقْدِيرَ بِهَا ثَبَتَ بِالنَّصِّ فَلَا يَنْقُصُ عَنْهَا، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى الزِّيَادَةِ

أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»(١).

قال الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «وإذا جاء الرَّجلُ بالآبِقِ مِن مسيرةِ ثلاثةِ أيامٍ، وهو لا يُسَاوِي أربعين درهمًا، قال له: الجُعْلُ أقلُّ مِن قيمَتِه بدرهمٍ في قولِ [محمد](٢)، وهو قولُ أبي يوسفَ الأوَّلُ. وقال أبو يوسفَ بعدَ ذلك: له الجُعْلُ تامًّا»(٣).

وكذلك ذكَر الخلافَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**»، وشمسُ الأئمَّةِ [٢/١٢ظ] البَيْهَقِيُّ في «**الشامل**»، وكذلك في عامَّةِ نُسَخِ الفقهِ أيضًا(٤)، ولَمْ يَذْكُرُوا قولَ أبي حَنِيفَةَ، وذكَر في «**شرح الطَّحاويِّ**»: قولَه معَ قولِ محمدٍ، فقال: ولو كان العبدُ يُساوي أربعين أو دونَها؛ فإنه يُنْقَصُ مِن قيمَتِه درهمٌ واحدٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ(٥)، وهو قولُ أبي يوسفَ الأوَّلُ، ثم رجَع وقال: يَجِبُ الجُعْلُ أربعين درهمًا، وإنْ كان قيمتُه درهمًا واحدًا، وكذلك ذكَر الطَّحاويُّ في «**مختصره**»(٦) أيضًا.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: أن الجُعْلَ واجبٌ، بخلافِ القياسِ بالأثرِ، ولا فصْلَ فيه بينَ ما إذا كان الْآبِقُ قليلَ القِيمَةِ، أو كثيرَ القِيمَةِ؛ فلا يُنْقَصُ عن تقديرٍ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٩].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [١/ق١٦٨/ب/ مخطوط فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٢٢)]

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٥٠].

(٤) ينظر: «مختلف الرواية» [١٣١٧/٣]، «تحفة الفقهاء» [٣٥٦/٣]، «بدائع الصنائع» [٢٠٤/٥]، «الهداية» [١٣٦/٦]، «فتح القدير» [١٣٦/٦].

(٥) والصحيح قولاهما، واعتمده المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة. ينظر: «الجوهرة النيرة» [٣٦٢/١]، «اللباب في شرح الكتاب» [٢١٧/٢].

(٦) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ١٤١].

بِخِلَافِ الصُّلْحِ عَلَى الْأَقَلِّ ؛ لِأَنَّهُ حَطٌّ مِنْهُ ، ولمُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّ الْمَقْصُودَ حَمْلُ الْغَيْرِ عَلَى الرَّدِّ لِيَحْيَا مَالُ الْمَالِكِ فَيَنْقُصُ دِرْهَمٌ لِيَسْلَمَ لَهُ شَيْءٌ تَحْقِيقًا لِلْفَائِدَةِ.

وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْقِنِّ ، إِذَا كَانَ الرَّدُّ فِي حَيَاةِ الْمَوْلَى لِمَا فِيهِ مِنْ إِحْيَاءِ مِلْكِهِ ، وَلَوْ رُدَّ بَعْدَ مَمَاتِهِ لَا جُعْلَ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا يُعْتَقَانِ بِالْمَوْتِ بِخِلَافِ الْقِنِّ.

غاية البيان

شرْعِيٍّ ؛ كصدقةِ الفِطْرِ.

ولهما: أن الجُعْل إنما وجَب للرَّادِّ نظَرًا للمالكِ ، حتى يَسْلَمَ له مالُه بِالرَّدِّ.

بيانُه: أن الرَّادَّ يَحْتَاجُ إلى مُؤْنَةٍ في الرَّدِّ ، وقَلَّما[1] يَرْغَبُ الإنسانُ في التزام المُؤْنَةِ مجَّانًا حسبةً لله ، فأُوجِبَ الجُعْلُ ترغيبًا للرَّادِّ على الرَّدِّ ، فإذا كان المَقْصُودُ مِن الجُعْلِ: النظرُ [٤/٤٥٢ظ/م] للمالكِ لَمْ يحْصُلِ النظرُ له في إيجابِ الأربعين لمنْ قيمتُه أقلُّ منه ؛ لأنه لا يَسْلَمُ له شيءٌ مِن ماليَّةِ العبدِ ، فلا جَرَمَ يُحَطُّ مِن قِيمَةِ العبدِ درهمٌ ، وهو نظرٌ لمولاه في الجملةِ.

قولُه: (**تَحْقِيقًا لِلْفَائِدَةِ**) وهي حياةُ مالِ المالكِ.

قولُه: (**وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْقِنِّ ، إِذَا كَانَ الرَّدُّ فِي حَيَاةِ الْمَوْلَى**) ، وهذه من مسائلِ «**الأصل**»[2] ، ذكَرها تفريعًا لمسألةِ القُدُوريِّ.

وذلك لأنهما مملوكان قبلَ موتِ المولى ، ولهذا كان المولى أحقَّ بكَسْبِهِما ، فكان ردُّهما كَرَدِّ القِنِّ ، فوجَبَ الجُعْلُ لإحياءِ ماليَّتِهما ، فلو ردَّهما بعدَ موتِ المولى ؛ لا يَجِبُ الجُعْلُ ؛ لأنهما عتَقَا بموتِ المولى ، ولا جُعْلَ في ردِّ الحُرِّ ، وهذا في أُمِّ الولدِ ظاهرٌ ، وكذلك في المُدَبَّرِ عندَهما سواءٌ خرَج مِن الثلثِ أو لم

---

(١) وقع بالأصل: «قلما». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٣٨٠/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَلَوْ كَانَ الرَّادُّ أَبَ الْمَوْلَىٰ، أَوِ ابْنَه وَهُوَ فِي عِيَالِهِ، أَوْ أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ عَلَىٰ الْآخَرِ؛ فَلَا جُعْلَ؛ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ يَتَبَرَّعُونَ بِالرَّدِّ عَادَةً، فَلَا يَتَنَاوَلُهُمْ إِطْلَاقُ الْكِتَابِ.

غاية البيان

يَخْرُجْ؛ لأنه حُرٌّ مَدْيُون عندَهما إذا وجَب السِّعايَةُ عليه.

وأمَّا عندَ أبي حَنِيفَةَ: فإذا خرَج مِن الثلُثِ؛ فلا جُعْلَ فيه أيضًا؛ لأن المُسْتَسْعَىٰ كالمكاتَبِ عندَه، ولا جُعْلَ في ردِّ المُكَاتَبِ؛ لأن المولَىٰ لَمْ يَسْتَفِدْ مِلْكًا في المُكَاتَبِ، وإنما استفاد بدَلَ الكِتابةِ، فكان بمنزلةِ ما لو رَدَّ غريمًا له، وبذلك لا يَسْتَحِقُّ جُعْلًا، فكذا هذا.

قوله: (وَلَوْ كَانَ الرَّادُّ أَبَ الْمَوْلَىٰ، [أَوِ ابْنَه][1] وَهُوَ فِي عِيَالِهِ، أو أَحَدَ الزَّوْجَيْنِ عَلَىٰ الْآخَرِ؛ فَلَا جُعْلَ؛ لِأَنَّ هَؤُلَاءِ يَتَبَرَّعُونَ بِالرَّدِّ عَادَةً، فَلَا يَتَنَاوَلُهُمْ إِطْلَاقُ الْكِتَابِ)، وهذه من مسائلِ «الأصل»[2]، ذكَرها تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ.

وأراد بإطلاقِ «الكتابِ»: ما ذكَره القُدُوريُّ بقولِه: «ومَنْ رَدَّ الآبِقَ علىٰ مولاه مِن مسيرةِ ثلاثةِ أيَّامٍ فصاعدًا فله عليه جُعْلُه أربعون درهمًا»[3].

قال في «شرح الطَّحاويِّ»: «ولو كان الرَّادُّ ذا رَحِمٍ [٤/٤٥٣و/م] مَحْرَمٍ مِن المردودِ عليه؛ فإنه يُنْظَرُ: إنْ وجَدَ الرَّجُلُ عبْدَ أبيه فلا جُعْلَ له سواءٌ كان في عيالِه، أو لم يَكُنْ، وكذلك المرأةُ والزوجُ، وإنْ وجَدَ الأبُ عبْدَ ابنِه، إنْ لَمْ يَكُنْ في عيالِه؛ فلَهُ الجُعْلُ، وإنْ كان في عيالِه؛ فلا جُعْلَ له، وكذلك الأخُ وسائرُ ذَوي الأرحامِ، إذا وجَدَ عبْدَ أخيه إنْ كان في عيالِه؛ فلا جُعْلَ [له][4]، وإنْ لم يَكُنْ في

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٣٧٩/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٩].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا في «شرح الطَّحَاوِيِّ»=

. . . .

عيالِه ؛ فله الجُعْلُ»[١]. إلىٰ هنا لفْظُهُ.

وجملتُه: ما ذكَر شيخُ الإسلامِ أبو بكرٍ المعروفُ بخُوَاهَرْ زَادَه في **«مبسوطه»**: وهو ما إذا رَدَّ الْآبِقَ واحدٌ مِن أقرباءِ المولىٰ، إنْ لم يَكُنِ الرَّادُّ ولدًا؛ فإنه يُنْظَرُ: إنْ لم يَكُنْ في عيالِه؛ فإنه يسْتَحِقُّ الجُعْلَ قياسًا واستحسانًا؛ لأن الرَّادَّ بائعٌ مِن وجْهٍ، وأجيرٌ مِن وجهٍ، وأيُّ ذلك اعتبَرْنا وجَبَ الجُعْلُ؛ لأنه لو باع شيئًا مِن قَريبِه استحَقَّ الثمنَ، ولو عمِل له بإجارةٍ استحَقَّ الأجرَ، وإنْ كان في عيالِه؛ وجَب الجُعْلُ قياسًا لهذا المعنىٰ.

وفي الاستحسانِ: لا يَجِبُ؛ لأنَّ الرَّدَّ [٢/١٣و] حصَل علىٰ سبيلِ التبَرُّعِ عُرْفًا وعادةً.

فإن العُرْفَ فيما بينَ الناسِ: أن مَن أَبَقَ عبْدُه فإنما يَطْلُبُهُ مَن كان في عيالِه[٢]، ويَرُدُّه مُتبرِّعًا، فلو ثبَتَ التبَرُّع نصًّا؛ لا يَجِبُ الجُعْلُ، فكذا إذا ثبَتَ عُرْفًا؛ لأنَّ الثابتَ عُرْفًا كالثابتِ نصًّا، بخلافِ ما إذا لم يَكُنْ في عيالِه؛ لأن التبَرُّعَ لم يُوجَدْ لا نصًّا ولا عُرْفًا، فأَمَّا إذا كان الرَّادُّ زوْجًا؛ فعلىٰ القياسِ والاستحسانِ.

وجهُ القياسِ: أنه بائعٌ وأجيرٌ.

ووجهُ الاستحسانِ: أن الزوجَ يَطْلُبُ عبْدَ امرأتِهِ الْآبِقِ تبرُّعًا، والثابتُ عُرْفًا كالثابتِ نصًّا، وأَمَّا إذا رَدَّتِ المرأةُ عبْدَ زوْجِها فلا يُسْتَحَقُّ الجُعْلُ استحسانًا لثلاثةِ أوجهٍ:

أحدُها: أن المرأةَ تَردُّ عبْدَ زوْجِها تبَرُّعًا عُرْفًا.

= للأَسْبِيْجَابيّ [ق٢٩٧/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٩٧].

(٢) وقع بالأصل: «يطلبه في مكان في عياله». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

. . . .

غاية البيان

والثاني: أنها في عيالِ الزوجِ.

والثالثُ: أن رَدَّ الآبِقِ مِن الخدمةِ، والمرأةُ لا تَسْتَحِقُّ بدَلَ الخدمةِ على الزوجِ، فإنْ كان الرَّادُّ ولدًا؛ فلا جُعْلَ له أصلًا، أمَّا إذا كان في عيالِ الأبِ؛ فللْمَعْنَى الذي ذُكِرَ في سائرِ الأقاربِ، وأمَّا [٤/٣٥٤ظ/م] إذا لم يَكُنْ في عيالِه فلا جُعْلَ له أيضًا بخلافِ سائرِ الأقاربِ؛ حيثُ يَجِبُ لهم الجُعْلُ إذا لم يَكُونُوا في عيالِ المولى.

وجهُ الفرقِ: أن الرَّادَّ بائعٌ[1] مِن وجهٍ وأجيرٌ مِن وجهٍ، فعلى الأوَّلِ: يَسْتَحِقُّ الابنُ الجُعْلَ، وعلى الثاني: لا يَسْتَحِقُّ؛ لأن الجُعْلَ بدَلُ الخدمةِ، فإذا استأجَر الأبُ ابنَه ليخدمَه، لم يَجِبِ الأجْرُ، فكذا هذا، فإذا وجَب مِن وجهٍ، ولم يَجِبْ مِن وجهٍ، لم يَجِبْ بالشكِّ.

وإنما كان الجُعْلُ بدَلَ الخدمةِ؛ لأنه بدَلٌ عن رَدِّ الآبِقِ، ورَدُّهُ يُعَدُّ مِن الخدمةِ عُرْفًا، ولأنَّ العبدَ كان مُعَدًّا للخدمةِ، وقد فاتت بالإباقِ، فأعادها[2] الرَّادُّ معنًى، فكان الجُعْلُ بدَلَ الخدمةِ مِن هذا الوجهِ، والابنُ لا يَسْتَحِقُّ على أبيه بدلَ الخدمةِ بالشرطِ، فكذا بالشرعِ، بخلافِ الأبِ إذا لم يَكُنْ في عيالِ المولى؛ فإنه يَسْتَحِقُّ الجُعْلَ، سواءٌ اعتبرنَاهُ بائعًا[3] أو أجيرًا.

فعلى الأوَّلِ: ظاهرٌ؛ لأنه لو باع شيئًا مِن ابنِه استحَقَّ الثمنَ، وكذا الثاني؛ فإنه لو استأجَر أباه ليخدِمَهُ؛ كان للأبِ أن يَمْتَنعَ، ولكن إنْ خدَمَهُ استحقَّ الأجْرَ، فلَمَّا استحَقَّ بدلَ الخدمةِ بالشرطِ استحَقَّه بالشرعِ أيضًا، وكذلك سائرُ الأقاربِ إذا لم يَكُونُوا في عيالِه؛ فلَهُمُ الجُعْلُ باعتبارِ الأمرَيْن، هذا حاصلُ ما ذكَره خُوَاهَرْ زَادَه.

---

(١) وقع بالأصل: «تابع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «فادعاها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «تابعًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

قَالَ: وَإِنْ أَبَقَ [٢٣٦/و] مِنَ الَّذِي رَدَّهُ؛ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ؛ لَكِنَّ هَذَا إِذَا أَشْهَدَ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي اللُّقَطَةِ.

غاية البيان

وقال في «الشامل» في قِسم «المبسوط»: رَدَّ الوصِيُّ عبْدَ اليتيمِ، أو من كان في حجْرِهِ لا جُعْل له؛ لأنهم يحْفَظُون مالَ اليتيمِ، وأنه مِن الحِفْظِ.

قولُه: (وَهُوَ فِي عِيَالِهِ)، أي: الرَّادُّ في عيالِ المولىٰ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ أَبَقَ مِنَ الَّذِي رَدَّهُ؛ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

وقال في بعضِ نُسَخِ القُدُورِيِّ: «فلا شيءَ له»[2] مكانَ قولِه: «فلا شيءَ عليه»[3] وصحَّحه الشيخُ أبو نصْرٍ في «شرحه»؛ حيثُ قال: «وذلك لأن الجُعْلَ يَسْتَحِقُّ بِالرَّدِّ على المولىٰ، ولَمْ يُوجَد ذلك»[4]، ولأن الرَّادَّ بمعنىٰ البائعِ من المولىٰ؛ لأن العبدَ بالإباقِ زالَتْ عامَّةُ منافِعِه عن المولىٰ، وإنما استفاد ذلك بالرَّدِّ بمالٍ يَجِبُ عليه، ولهذا كان للرَّادِّ حَبْسُه بالجُعْلِ كالبائعِ حقيقةً بالثمنِ، وكالْمُلْتَقِطِ إذا أنفَق علىٰ العبدِ بإذْنِ القاضي، يَكُونُ له الحبْسُ بالنفقةِ [٤/٤٥٤و/م]؛ لأنه كالبائعِ مِن حيثُ الاعتبارُ، حيثُ أحيَا مِلْكَه بالإنفاقِ، فلَمَّا كان الرَّادُّ كالبائعِ، والبائعُ إذا

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٩].

(٢) وهو المُثْبَت في «مختصر القُدُورِيّ» [ق١١١/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي محمد عاصم بك ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٠)]. وكذا في [ق٨٣/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٧٧٦)]. وفي [ق٥٢/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٥٢)].

(٣) وهذا اللفظ الثاني: هو المُثْبت في المطبوع مِن «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٩]، وكذا في بعض النُّسَخ الخطية: [ق٧٨/ب/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٥٨)].

(٤) هذه عبارةُ الشيخ أبي نصرٍ هناك في «شرْحه»، وما رأيناه ذَكَر تصحيحًا ولا غيره. فلعل المؤلفَ يعني بتصحيحه هنا: اعتماده هذا اللفظ دون غيره. ينظر: «شرْح مختصر القدوري» لأبي نَصْر الأَقْطَع [١/ق٤٣٢/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٩)].

قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: أَنَّهُ لَا شَيْءَ لَهُ وَهُوَ صَحِيحٌ أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى الْبَائِعِ مِنَ الْمَالِكِ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يَحْبِسَ الْآبِقَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ الجُعْلَ، بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ يَحْبِسُ الْمَبِيعَ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ، وَكَذَا إِذَا مَاتَ فِي يَدِهِ لَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِمَا قُلْنَا.

وَلَوْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى كَمَا لَقِيَهُ؛ صَارَ قَابِضًا بِالْإِعْتَاقِ كَمَا فِي الْعَبْدِ الْمُشْتَرَى،

غاية البيان

هلَك في يدِه[1] المَبِيعُ أو أَبَقَ، سقَطَ الثمنُ، فكذلك هنا يَسْقُطُ الجُعْلُ.

ومعنى قولِه: (فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ)، أي: لا ضَمانَ عليه، لكن إنما لا يَجِبُ الضَّمانُ عليه إذا شَهِد كما في اللُّقَطَةِ، أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما قال الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله في «الكافي»[2]: وإنْ مات عندَه قَبْلَ أنْ يَرُدَّهُ أو أَبَقَ منه؛ فإنْ كان أشهَد حينَ أخَذَه أنه إنما يَأْخُذُهُ ليرُدَّه علىٰ صاحبِه فلا ضَمانَ عليه، وإنْ كان حين أخَذَ لم يُشْهِدْ علىٰ ذلك فهو ضامنٌ لقِيمتِه في قولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ.

وقال أبو يوسفَ: لا ضَمانَ عليه، أشهَد أو لم يُشْهِدْ، إذا علِمَ أنه كان [٢/١٣ظ] آبقًا، وإنما لم يَكُنْ عليه الضَّمانُ بالإشهادِ؛ لأنه أمانةٌ في يدِه، وهو مأذونٌ في الأخذِ شرْعًا.

قولُه: (لِمَا قُلْنَا) إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ).

قولُه: (وَلَوْ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى كَمَا لَقِيَهُ؛ صَارَ قَابِضًا بِالْإِعْتَاقِ)، وهذه من مسائلِ «الأصل»[3]، ذكَرها تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ.

وهذا: لِمَا أن الرَّادَّ بمنزلةِ البائعِ، والمردودُ عليه بمنزلةِ المشترِي، ومَن

---

(١) وقع بالأصل: «في يد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٥٠].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٧/٣٧٦ ـ ٣٧٧/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَكَذَا إِذَا بَاعَهُ مِنَ الرَّادِّ لِسَلَامَةِ الْبَدَلِ لَهُ، وَالرَّدُّ وَإِنْ كَانَ لَهُ حُكْمُ البَيْعِ؛ لَكِنَّهُ بَيْعٌ مِنْ وَجْهٍ، فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ النَّهْيِ الْوَارِدِ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ فَجَازَ.

اشترىٰ عبدًا فأعتقَه قبلَ القبضِ نفَذَ عِتْقُهُ، وصار قابضًا، فيتأكَّدُ عليه الثمنُ، فكذا المردودُ عليه لما أعتَقه صار قابضًا، وتأكَّد عليه الجُعْلُ.

بخلافِ ما لو ردَّ مُدَبَّرًا فمات المولىٰ قبلَ القبضِ فعَتَق، حيثُ لا يَجِبُ الجُعْلُ؛ لأنه لَمْ يُوجَدْ بعدَ الرَّدِّ مِن المردودِ عليه صُنْعٌ يَصِيرُ به قابضًا، وقد هلَك ماليَّتُه قَبلَ التسليمِ، فلا يَسْتَحِقُّ جُعْلًا، ولو دبَّره المولىٰ حين وقَع نظرُه إليه لا يَكُونُ قابضًا، بخلافِ الإعتاقِ.

والفرْقُ: أن الإعتاقِ إتلافٌ للماليَّةِ، فيَصِيرُ المشترِي به قابضًا، والتَّدْبِيرُ ليس بإتلافٍ للماليَّةِ، فلَمْ يَكُنْ به قابضًا قبلَ الوصولِ إليه.

قال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «الإعتاقُ قبْضٌ بخلافِ التَّدْبِيرِ»[1].

قولُه: (وَكَذَا إِذَا بَاعَهُ مِنَ الرَّادِّ)، ذكَر هذا تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ.

اعلم: أن بَيْعَ الْآبِقِ مِن غيرِ الرَّادِّ لا يَجُوزُ؛ لأنه غَرَرٌ، والنبيُّ ﷺ نهىٰ عن بَيْعِ الغَرَرِ[2]، أمَّا إذا باعَه مِن الرَّادِّ جاز [٤/٤٥٤ظ/م] ذلك، ووجَب الجُعْلُ، وبه صَرَّح خُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**»، وذلك لأنه سَلِمَ للمالكِ بدَلُ الْآبِقِ، وهو الثمنُ، وسلامةُ البدَلِ كسلامةِ المُبْدَلِ، فيَجِبُ الجُعْلُ.

قولُه: (وَالرَّدُّ وَإِنْ كَانَ لَهُ حُكْمُ البَيْعِ؛ لَكِنَّهُ بَيْعٌ مِنْ وَجْهٍ، فَلَا يَدْخُلُ تَحْتَ النَّهْيِ الْوَارِدِ عَنْ بَيْعِ مَا لَمْ يُقْبَضْ)، وهذا جوابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ يَرِدُ علىٰ قولِه: (لِأَنَّهُ

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق٤٠٤].

(٢) بَيْعُ الغَرَر: هو بيْعُ ما يجْهله المُتَبَايِعَانِ، أو ما لا يُوثَق بتسلُّمِه، كبَيْع السَّمَكِ في الماء، أو الطيرِ في الهواء. ينظر: «التعريفات الفقهية» للمجددي البركتي [ص/ ٤٨]، و«المعجم الوسيط» [٢/٦٤٨].

قَالَ: وَيَنْبَغِي إِذَا أَخَذَهُ أَنْ يُشْهِدَ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ لِيَرُدَّهُ، ....

فِي مَعْنَى الْبَائِعِ مِنَ الْمَالِكِ)، بأنْ يُقَالَ: لَمَّا كان الرَّادُّ في معنى البائعِ كان المالكُ في معنى المشترِي، فعلى هذا يَنْبَغِي ألَّا يَجُوزَ بَيْعُه مِن الرَّادِّ قبلَ القبضِ [لوُرودِ النهيِّ «عن بَيْعِ المشتَرِي قبْلَ القبضِ»][(١)].

فقال في جوابِه: نعم. إنه في معنى البائعِ، وللرَّدِّ حُكْمُ البيعِ، لكن ليس ببَيْعٍ مِن كلِّ وجهٍ، بل مِن وجهٍ: مِن حيثُ إعادةُ مِلْكِ التصرُّفُ إليه، وهذا لأن مِلْكَ الرقبةِ ليس بزائلٍ عن المولى، فلَمَّا كان كذلك جاز بَيْعُ المالكِ مِن الرَّادِّ قبلَ القبضِ؛ لأنه يَتَنَاوَلُ النهيَ الوارِدَ في بَيْعِ ما لم يُقْبَضْ؛ لأن النهيَ ورَد مطلقًا، والمُطْلَقُ يَتَناوَلُ الكاملَ، فجاز البيعُ لعدمِ دخولِه تحتَ النهيِ، وامتناعُ جوازِ البيعِ قبلَ القبضِ ليس مِن خصائصِ البيعِ لا محالةَ، فإن بَيْعَ العقارِ قبلَ القبضِ - على قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسف - جائزٌ[(٢)].

وإنما قَيَّدَ بقولِه: (وَكَذَا إِذَا بَاعَهُ): احترازًا عن الهِبَةِ؛ لأن الهِبَةَ مِن الرَّادِّ لا تُوجِبُ الجُعْلَ إذا كانت قبلَ القبضِ؛ لأنه لم يَتِمَّ الرَّدُّ إلى المولى قبلَ القبضِ، بخلافِ البيعِ قبلَ القبْضِ، فإن وصولَ بدَلِه كوصولِ عَيْنِه.

قال في «خلاصة الفتاوى»: «لو وهَب المولى الآبِقَ مِن الرَّادِّ - إنْ قَبَضه - ثم وهَبَه يَجِبُ الجُعْلُ، وإنْ وهَبَه منه قبلَ القبضِ لا يَجِبُ الجُعْلُ»[(٣)].

قولُه: (قَالَ: وَيَنْبَغِي إِذَا أَخَذَهُ أَنْ يُشْهِدَ أَنَّهُ يَأْخُذُهُ لِيَرُدَّهُ)، أي: قال القُدُورِيُّ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٢/١١٠ - ١١٢]، «بدائع الصنائع» [٤/٥٩٣، ٥٩٤]، «شرح مجمع البحرين» [٢/٤٩٠]، «تبيين الحقائق» [٤/٧٠، ٧١]، «فتح القدير» [٦/٤٨٧ - ٤٩٢]، «البحر الرائق» [٦/١١٢].

(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق٤٠٤].

فَالْإِشْهَادُ حَتْمٌ فِيهِ عَلَيْهِ، عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله حَتَّىٰ لَوْ رَدَّهُ مَنْ لَمْ يَشْهَدْ وَقْتَ الْأَخْذِ لَا جُعْلَ لَهُ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّ تَرْكَ الْإِشْهَادِ أَمَارَةُ أَنَّهُ أَخَذَهُ لِنَفْسِهِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَاهُ مِنَ الْآخِذِ أَوْ اتَّهَبَهُ، أَوْ وَرِثَهُ فَرَدَّهُ عَلَىٰ مَوْلَاهُ لَا جُعْلَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ رَدَّهُ لِنَفْسِهِ إِلَّا إِذَا أَشْهَدَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ لِيَرُدَّهُ فَيَكُونُ لَهُ الْجُعْلُ، وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي أَدَاءِ الثَّمَنِ.

غاية البيان

في «مختصره»[1].

قال صاحبُ «الهداية»: (فَالإِشْهَادُ حَتْمٌ فِيهِ عَلَيْهِ)، أي: واجبٌ في أخْذِ الْآبِقِ علىٰ الرَّادِّ، وفائدتُه أنه لا يَجِبُ الجُعْلُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ إذا لم يُوجَدِ الإشهادُ عندَ الأخذِ؛ لأن الظاهرَ أنه أخَذه لنفسِه، فصار كالمشتري مِن الآخِذِ إذا رَدَّه علىٰ مولاه لا جُعْلَ له؛ لأنه أخَذَه [٤/٥٥٤و/م] لنفسِه إلا إذا أشْهَد حينَ اشتراه أنه إنما اشتراه لِيَرُدَّه علىٰ صاحبِه؛ لأنه لا يَقْدِرُ عليه إلا بشراءٍ فله الجُعْلُ؛ لأن هذا الشراءَ لا يُفِيدُ مِلْكًا، فكان كالآخِذِ بدونِ [٢/١٤و] الشراءِ ولم يُشْهِدْ، لَمْ يَسْتَحِقَّ الجُعْلُ، وإنْ أشْهَد استَحَقَّ، فكذا هذا.

وكذا إذا وهبَه الآخِذُ لرَجُلٍ، فردَّه المَوْهُوبُ له علىٰ مولاه، أو وَرِثه مِن الآخِذِ واحدٌ، فيرُدَّه الوَارثُ علىٰ مولاه، أو وصَّىٰ الآخِذُ بالآبِقِ لواحدٍ، فرَدَّه المُوصَىٰ له علىٰ مولاه.

ففي هذه الصوَرِ كلِّها: لا جُعْلَ للرَّادِّ[2]؛ لأنه لم يَأْخُذْهُ لِيَرُدَّهُ، بل أخَذه لنفسِه، وهذا معنىٰ قولِه: (فَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَىٰ مِنَ الآخِذِ، أو اتَّهَبَهُ، أو وَرِثَهُ). ومسألةُ الوصيَّةِ: ذكَرها[3] الحاكمُ في «الكافي».

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٩].
(٢) وقع بالأصل: «لأجل الرَّادّ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٣) وقع بالأصل: «ذكره». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَإِنْ كَانَ الْآبِقُ رَهْنًا ؛ فَالْجُعْلُ عَلَىٰ الْمُرْتَهِنِ ؛ لِأَنَّهُ حَيِيَ مَالِيَّتُهُ بِالرَّدِّ ، وَهِيَ حَقُّهُ ؛ إِذِ الِاسْتِيفَاءُ مِنْهَا وَالْجُعْلُ بِمُقَابَلَةِ إِحْيَاءِ الْمَالِيَّةِ ، فَيَكُونُ عَلَيْهِ ، وَالرَّدُّ فِي حَيَاةِ الرَّاهِنِ وَبَعْدَهُ سَوَاءٌ ؛ لِأَنَّ الرَّهْنَ لَا يَبْطُلُ بِالْمَوْتِ ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهُ مِثْلُ الدَّيْنِ أَوْ أَقَلُّ مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَتْ أَكْثَرَ فَبِقَدْرِ الدَّيْنِ عَلَيْهِ ، وَالْبَاقِي عَلَىٰ الرَّاهِنِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ بِالْقَدْرِ الْمَضْمُونِ فَصَارَ كَثَمَنِ الدَّوَاءِ وَتَخْلِيصُهُ عَنِ الْجِنَايَةِ بِالْفِدَاءِ .

وقال الحاكمُ فيه: «وإنْ شَهِد شاهدان أنه قال حين أخَذَه: هذا آبِقٌ قد أخذْتُهُ، فمَن وجَدَ له طالبًا ؛ فلْيَدُلَّه عليه ، فلا ضَمانَ عليه ، وإنْ أنكَر المولىٰ أنْ يَكُونَ عبْدُه آبِقًا ، فالقولُ قولُه ، إلا أن يَشْهَدَ الشُّهُودُ أنه أبَقَ مِن مولاه ، وأن مولاه أقَرَّ به ؛ فيَجِبُ الجُعْلُ»[1].

قولُه: (**وَإِنْ كَانَ الْآبِقُ رَهْنًا ؛ فَالْجُعْلُ عَلَىٰ الْمُرْتَهِنِ**) ، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[2] ، وذلك لأن الإِبَاقَ كالهلاكِ مَعْنًىٰ ، فسقَط الدَّيْنُ به ، فإذا عاد مِن الإِبَاقِ ؛ ارتفَع الهلاكُ فعاد الدَّيْنُ ، فعاد الرَّهْنُ ، كما لو كان الرَّهْنُ شاةً فماتت ، فَدُبِغَ جِلدُها ؛ فإن الدَّيْنَ يَعُودُ ، فكذا هذا .

ثم الجُعْلُ يَجِبُ علىٰ المُرْتَهِنِ لا علىٰ الرَّاهِنِ ؛ لأن الفائدةَ له مِن حيثُ تبْقِيَتُهُ في الرَّهْنِ ، أَلَا تَرَىٰ أنه مضمونٌ عليه بالدَّيْنِ ، فصار كأنه مملوكٌ له ، فوجَب الجُعْلُ عليه ، كما يَلْزَمُهُ النفقةُ علىٰ حِفْظِه ، ثم لا تَفَاوُتَ بينَ أن يَكُونَ الرَّدُّ حالَ حياةِ الرَّاهِنِ أو بعدَه ؛ لأن الرَّهْنَ لا يَبْطُلُ بموتِ الرَّاهِنِ ، فكان الرَّدُّ بعدَ موتِه وقبْلَهُ سواءً ، وإنما يَكُونُ الجُعْلُ علىٰ المُرْتَهِنِ إذا كان قِيمَةُ الْآبِقِ مِثْلَ الدَّيْنِ أو أقلَّ.

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٥٠].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٩].

وَإِنْ كَانَ مَدْيُونًا؛ فَعَلَى الْمَوْلَى إِنِ اخْتَارَ قَضَاءَ الدَّيْنِ وَإِنْ بِيعَ بُدِئَ بِالْجُعْلِ وَالْبَاقِي لِلْغُرَمَاءِ؛ لِأَنَّهُ مُؤْنَةُ الْمِلْكِ، والْمِلْكُ فِيهِ كَالْمَوْقُوفِ، فَيَجِبُ عَلَى مَنْ يَسْتَقِرُّ لَهُ.

أمَّا إذا كانت أكثرَ: فحِصَّةُ الدَّيْنِ على المُرْتَهِنِ، وحِصَّةُ الفارغِ على الرَّاهِنِ؛ لأن حقَّ المُرْتَهِنِ بالقَدْرِ المضمونِ لا غيرَ، فيَجِبُ عليه [٤/٤٥٥ظ/م] الجُعْلُ بقَدْرِه كثَمَنِ الدواءِ، حيثُ يَجِبُ ذلك على المُرْتَهِنِ بقَدْرِ دَيْنِه، والباقي على الرَّاهِنِ، وكتخْلِيصِ العبدِ المرهونِ عن الجنايةِ بالفداءِ، فإن الفداءَ يَجبُ على المُرْتَهِنِ بقَدْرِ دَيْنِه، وحِصَّةُ الفارغِ على الرَّاهِنِ، فكذلك الجُعْلُ.

قال خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: للذي[1] جاء به أنْ يُمْسِكَ العبدَ حتى يُعْطِيَهُ المُرْتَهِنُ الجُعْلَ؛ لأنه استحقَّهُ عليه، فلو استحقَّهُ على الرَّاهِنِ؛ كان له حقُّ الحبْسِ، فكذا هذا، وذلك لأنه مُسْتَحقٌّ شرْعًا كالثمنِ، كذا في «**الشامل**».

قولُه: (وَإِنْ كَانَ مَدْيُونًا؛ فَعَلَى الْمَوْلَى إِنِ اخْتَارَ قَضَاءَ الدَّيْنِ)، أي: الجُعْلُ على المولَى، وهذه من مسألةِ «**الأصل**»[2]، ذكَرها تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ.

يعني: إذا كان العبدُ مأذونًا في التجارةِ مديونًا، قد رَدَّه إنسانٌ مِن مسيرةِ سفَرٍ، إنْ أراد المولى استبقاءَ العبدِ على مِلْكِه، فالجُعْلُ عليه، وإنْ أراد بَيْعَهُ بالدَّيْنِ؛ فالجُعْلُ على الغُرماءِ، يُباعُ العبدُ فيُسْتَوفَى منه الجُعْلُ والباقي للغُرماءِ؛ لأن الجُعْلَ مُؤْنَةٌ مِن مُؤَنِ المِلْكِ، ومِلْكُ المولى في العبدِ بعدَ لحوقِ الدَّيْنِ صار كالموقوفِ بينَ أنْ يَستَقِرَّ على المولى متى اختار قضاءَ الدَّيْنِ، وبينَ أن يَصِيرَ للغُرماءِ متى اختار البيعَ، ولَمَّا توقَّف المِلْكُ في العبدِ توقَّف مُؤْنَةُ المِلْكِ، وهو الجُعْلُ. كذا قال خُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**».

---

(١) وقع بالأصل: «الذي». والمثبت من: «م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٣٧٤ ـ ٣٧٥/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَإِنْ كَانَ جَانِيًا فَعَلَى الْمَوْلَى إِنِ اخْتَارَ الْفِدَاءَ لِعَوْدِ الْمَنْفَعَةِ إِلَيْهِ، .....

قولُه: (وَإِنْ كَانَ جَانِيًا)... إلى آخرِه، أي: إنْ كان الآبِقُ جانيًا إلى آخرِه، ذكَر هذه المسألَةَ تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ، وهي مِن مسائلِ «الأصل»[1].

اعلم: أن العبدَ إذا جَنا جنايةً خطأً، فقيل لمولاه: ادْفَعْهُ، أو افْدِه، فلَمْ يَفْعَلْ شيئًا حتى أبَقَ، فرُدَّ مِن مسيرةِ سفرٍ، فجُعْلُهُ على المولى إنِ اختار الفداءَ؛ لأن منفعةَ الرَّدِّ سلِمَتْ له، فكان الجُعْلُ عليه، وإنِ اختار الدفْعَ؛ فعلى أولياءِ الجنايةِ؛ لأن منفعةَ الرَّدِّ سلِمَتْ لهم، فكان الجُعْلُ [٢/١٤ظ] عليهم، وذلك لأن حقَّهُم كان ساقطًا بالإباقِ؛ لأنهم كانوا لا يَسْتَحِقُّون على المولى شيئًا، فلَمَّا رُدَّ عاد حقُّهم، فحصلَتْ منفعةُ الرَّدِّ لهم، فكانوا كالمُرْتَهِنِ؛ حيث كان حقُّه ساقطًا بالإباقِ[2]، فعاد بِالرَّدِّ، فكذا هذا.

فَإِنْ [٤/٤٥٦و/م] قُلْتَ: يَنْبَغِي ألَّا يَجِبَ الجُعْلُ على المولى إذا اختار الفداءَ؛ لأنه سَلِمَ له بعِوَضٍ، كَالرَّاهِنِ لا يَجِبُ عليه، وإنْ سَلِمَ له العبدُ بقضاءِ الدَّيْنِ؛ لأنه سَلِمَ بعِوَضٍ.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ أن العبدَ سَلِمَ للمولى في مسألتِنا بعِوَضٍ، أَلَا تَرى أن الواجبَ كان عليه أحدَ[3] شيئَيْن: إمَّا الدفعُ وإمَّا الفداءُ، فإذا اختار الفداءَ؛ كان هو الواجبَ من الأصلِ، فلَمَّا كان واجبًا مِن الأصلِ لم يَكُنْ بدَلًا عن العبدِ، فيَكُونُ العبدُ سالمًا له بغيرِ عِوَضٍ بخلافِ الرَّاهِنِ؛ فإن العبدَ سَلِمَ له بِعِوَضٍ؛ لأنه كان مضمونًا بالدَّيْنِ، والدَّيْنُ كالعِوَضِ عنه.

وفرَقَ محمدٌ بينَ هذه المسألةِ، وبينَ ما إذا رجَع الوَاهِبُ في الهِبَةِ بعدَما رُدَّ

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٣٧٨/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) وقع بالأصل: «بالاتفاق»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «أخذ»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

....

العبدُ مِن إباقِه وسُلِّمَ إلى المَوْهُوبِ له؛ فالجُعْلُ على المَوْهُوبِ له، فقد أوجَب الجُعْلَ على مَن له المِلْكُ وَقْتَ الرَّدِّ، لا على مَن صار له بعدَ الرَّدِّ، وفي مسألةِ الجنايةِ لَمْ يَكُنِ المِلْكُ لأولياءِ الجنايةِ وَقْتَ الرَّدِّ، بل حَدَثَ لهم المِلْكُ بعدَ الرَّدِّ.

وجهُ الفرقِ: أن منفعةَ الرَّدِّ حصلَتْ لأولياءِ الجنايةِ بمجرَّدِ الرَّدِّ؛ لأنهم يَسْتَحِقُّون عيْنَ العبدِ أو بدَلَهُ حينئذٍ على وجْهٍ لا يَمْلِكُ المولى الإبطالَ أصلًا بِتصرُّفٍ يُحْدِثُه[1]، فإذا حصَل لهم منفعةُ الرَّدِّ بنَفْسِ الرَّدِّ، وهي إمَّا الفداءُ أو الدفعُ وجبَ عليهم الجُعْلُ كما في المُرْتَهِنِ.

بخلافِ منفعةِ الرَّدِّ في الهِبَةِ متى رجَع الوَاهِبُ، فإن المنفعةَ ليست بمُضافةٍ إلى رَدِّ الرَّادِّ، ألَا ترَى أن المَوْهُوبَ له، لو تصَرَّف في العبدِ تَصَرُّفًا يُزِيلُ المِلْكَ؛ كالهبةِ والبيعِ ما كان[2] يتهَيَّأُ لِلْوَاهِبِ الرجوعُ.

فإذا كان كذلك؛ كان منفعةُ الوَاهِبِ مضافةً إلى تَرْكِ المَوْهُوبِ له التصَرُّفَ، لا إلى رَدِّ الرَّادِّ، فلَمْ يَجِبِ الجُعْلُ على الوَاهِبِ، فصار كأنَّ المَوْهُوبَ له وهَب العبدَ لِلْوَاهِبِ بتَرْكِ التصَرُّفِ المُزِيلِ للمِلْكِ، فلو وهَب المَوْهُوبُ له العبدَ لآخَرٍ[3] لم يَجِبِ الجُعْلُ على المَوْهُوبِ له الثاني، [فكذا لا يَجِبُ على الوَاهِبِ الراجعِ؛ لأنه كَالمَوْهُوبِ له الثاني][4].

ولَئِنْ قال قائلٌ: منفعةُ الرَّدِّ حصلَتْ لِلْوَاهِبِ بِالرَّدِّ، وبتَرْكِ التصَرُّفِ جميعًا، فيَجِبُ عليه الجُعْلُ.

---

(١) وقع بالأصل: «يتصرف بحدثه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «والبيع كان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «الآخر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَعَلَى الْأَوْلِيَاءِ إِنِ اخْتَارَ الدَّفْعَ لِعَوْدِهَا إِلَيْهِمْ.

وَإِنْ كَانَ مَوْهُوبًا فَعَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ، وَإِنْ رَجَعَ الْوَاهِبُ فِي هِبَتِهِ بَعْدَ الرَّدِّ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ لِلْوَاهِبِ مَا حَصَلَتْ بِالرَّدِّ بَلْ بِتَرْكِ الْمَوْهُوبِ لَهُ التَّصَرُّفُ فِيهِ بَعْدَ الرَّدِّ.

غاية البيان

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ، ولئِنْ سَلَّمْنَا، لَكِنْ نَقُولُ: إذا كانت منفعةُ الرَّدِّ [٤/٤٥٦ظ/م] [بهما][1] جميعًا، لا تكُونُ المنفعةُ بِالرَّدِّ وحدَهُ؛ لأن جُزْءَ العلَّةِ ليس بعِلَّةٍ، فإذا كانت مضافةً إليه؛ يَلْزَمُ أن يَكُونَ الحُكْمُ مضافًا إلى ما ليس بعلَّةٍ؛ لأنَّ العِلَّةَ هي المجموعُ لا البعضُ، ولَمْ يذْكُرْ محمدٌ في «**الأصل**» حُكْمَ ما إذا قَتَلَ العبدُ إنسانًا عمدًا فأبَقَ، ثم رَدَّه رادٌّ.

قال خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: قالوا: لا يَجِبُ جُعْلٌ [على][2] أحدٍ، لا على ولِيِّ القِصَاصِ، ولا على المولى؛ أمَّا المولَى: فلا يحْصُلُ له منفعةٌ بِالرَّدِّ متى قُتِل العبدُ، وإنْ لم يُقْتَلْ وعفا عنه ولِيُّ القِصَاصِ فالمنفعةُ للمولى مضافًا إلى عَفْوِه، لا إلى رَدِّ الرَّادِّ، ولا يَجِبُ على ولِيِّ القِصَاصِ أيضًا؛ لأنه إنْ عفا لم يَسْلَمْ له شيءٌ، وإنْ قتَلَ ولم يَعْفُ، فإنما سَلِمَ له الدمُ لا الماليَّةُ، والدمُ ليس بمالٍ، والجُعْلُ إنما يَجِبُ باعتبارِ رَدِّ الماليَّةِ حتى لم يَجِبْ بِرَدِّ الحُرِّ.

قولُه: (لِعَوْدِهَا إِلَيْهِمْ)، أي: لعَوْدِ المنفعةِ إلى أولياءِ الجنايةِ.

قولُه: (وَإِنْ كَانَ مَوْهُوبًا)، [**أي**: إنْ كان العبدُ الآبِقُ موهوبًا][3]، وذكَر هذه المسألةَ تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ، وقد مَرَّ بيانُها قُبَيْلَ هذا على الاستقصاءِ.

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وقد أشار إليه بحاشية الأصل بعد أنْ وضَع لَحَقًا بعد كلمة: «الرَّدّ»، فقال: «العله بهما».

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَإِنْ كَانَ لِصَبِيٍّ؛ فَالْجُعْلُ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ مُؤْنَةُ مِلْكِهِ، وَإِنْ رَدَّهُ وَصِيُّهُ فَلَا جُعْلَ لَهُ؛ لِأَنَّهُ هُوَ الَّذِي يَتَوَلَّى الرَّدَّ فِيهِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

غاية البيان

قولُه: (وَإِنْ كَانَ لِصَبِيٍّ؛ فَالْجُعْلُ فِي مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ مُؤْنَةُ مِلْكِهِ)، وهذه من مسائلِ «**الفتاوىٰ**»، ذكرها تفريعًا لمسائلِ القُدُورِيِّ.

[٢/١٥و] **قال الوَلْوَالِجِيُّ في** «**فتاواه**»: «إذا كان الآبِقُ لصبيٍّ فالجُعْل في مالِه؛ لأن الرَّادَّ بائعٌ أو أجيرٌ، وأيُّ ذلك اعتُبِر يَجِبُ في مالِ الصغيرِ»[١].

ومعنىٰ جَعْل الرَّدِّ بيْعًا مِن وجْه: [مِن][٢] حيثُ إن مِلْكَ التصرُّفِ كان زائلًا، فعاد إليه ثانيًا مِن جهةِ الرَّادِّ ببدلٍ استوْجَب عليه، ومعنىٰ جَعْلِه إجارةً مِن وجهٍ: مِن حيثُ إنه استَحَقَّ الجُعْلَ بمنافعِ بدنِه.

قال خُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**»: «عبْدٌ ليتيمٍ أبَقَ، فردَّه الوَصِيُّ، لا جُعْلَ له؛ لأنه مِن جملةِ الحِفْظِ، وحِفْظُ مالِ اليتيمِ مُسْتَحقٌّ عليه، لا يَسْتَحِقُّ الأجرَ عليه بالشرطِ، فكذا بالشرعِ».

قال: «وكذلك اليتيمُ في حِجْرِ رَجُلٍ يَعُولُهُ، فأبَقَ عبْدُه، فأخَذه الرَّجُل. قال: ليس له جُعْلٌ؛ لأن الرَّدَّ حصَل علىٰ سبيلِ التبرُّعِ؛ لأن[٣] عائلَ اليتيمِ يَطْلُبُ عبْدَه متبرِّعًا عُرْفًا، والثابتُ عُرفًا كالثابتِ نصًّا» هذا حاصلُ ما ذكَره.

ونَخْتِمُ الكتابَ بمسألةٍ ذكَرها الحاكمُ الشهيدُ في «**الكافي**»: «إذا أبَقَتِ الأَمَةُ ولها صبِيٌّ رضيعٌ فردَّهما [٤/٤٥٧و/م][٤]؛ كان له جُعْلٌ واحدٌ، فإنْ كان ابنُها غلامًا

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيَّة» [٢/٣٨٠].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «لأنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) زيادة بعدها في «م»: «رجل».

. . . .

قد قارَبَ الحُلمَ، فله جُعْلٌ ثمانون درهمًا»[1].

وعلَّل في «الشامل» وقال: «لأن مَن لَمْ يُراهِقْ لَمْ يُعْتَبرْ آبِقًا».

واللهُ ﷻ أعلَمُ.

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٥٠].

كِتَابُ الْمَفْقُودِ

إِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَوْضِعٌ، وَلَا يُعْلَمُ أَحَيٌّ هُوَ أَمْ مَيِّتٌ؛ نَصَبَ الْقَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ، وَيَقُومُ عَلَيْهِ، وَيَسْتَوْفِي حَقَّهُ؛ لِأَنَّ الْقَاضِيَ نُصِّبَ نَاظِرًا

كِتَابُ الْمَفْقُودِ



[الْمَفْقُودُ][1]: هو الذي غاب ولَمْ يُعْرَفْ أنه حَيٌّ أمْ ميِّتٌ بانقطاعِ خبَرِه.

قولُه: (إِذَا غَابَ الرَّجُلُ وَلَمْ يُعْرَفْ لَهُ مَوْضِعٌ، وَلَا يُعْلَمُ أَحَيٌّ هُوَ أَمْ مَيِّتٌ؛ نَصَبَ الْقَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ، وَيَقُومُ عَلَيْهِ، وَيَسْتَوْفِي حَقَّهُ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى في «**مختصره**»[2].

والأصلُ هنا: أن القاضيَ نُصِبَ ناظرًا في أمْرِ كلِّ عاجزٍ، والمَفْقُودُ عاجِزٌ عن حِفْظِ مالِه الذي تركَهُ في وطنِه، فيَنْصِبُ وكيلًا لحِفْظِ مالِه، ويَسْتَوْفِي حقَّه نظَرًا له، لما أنه عاجزٌ عن القيامِ بذلك، أصلُه: الصبيُّ والمَجْنُونُ.

قال الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «وإنْ طلَبَ ولدُه وزوْجتُه مِن القاضي أنْ يَنْصِبَ وكيلًا في خصومَتِه، وجَمْعِ غَلَّاتِ[3] المَفْقُودِ وغيرِ ذلك مِن أمورِه؛ فعَلَه القاضي، وكان للوكيلِ أنْ يَتقاضى[4] ويَقْبِضُ ويُخاصِمُ مَن يجْحَدُ حقًّا مِن عَقْدٍ يَجْرِي بينَهُ وبينَ هذا الوكيلِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٨].

(٣) وقع بالأصل: «علامات». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) وقع بالأصل: «يتقابضا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

لِكُلِّ عَاجِزٍ عَنِ النَّظَرِ لِنَفْسِهِ، وَالْمَفْقُودُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ، ....

فَأَمَّا كلُّ دَيْنٍ كان المَفْقُودُ تولَّاه أو نصيبٍ كان له في عقارٍ أو عَرَضٍ في رَجُلٍ أو حقٍّ مِن الحقوقِ؛ فإن الوكيلَ لا يُخاصِمُ فيه مَن جَحَده، إلا أنْ يَكو القاضي قد ولَّاه ذلك ورآه، أو أنفَذَ الخُصُومَةَ بينَهُم فيه، فيَجُوزُ حينئذٍ؛ لأنه م اختلَف فيه القضاةُ»[1] إلى هنا لفْظُ الحاكمِ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

قال في «خلاصة الفتاوى»: «ذكَر الإمامُ السَّرْخَسِيُّ هذا بناءً على أن القاضي هل يَقْضِي على الغَائِبِ، وهل يَنْصِبُ وكيلًا على الغَائِبِ، وعن الغَائِبِ؟ فعندن لا. وهي معروفةٌ، أمَّا لو فعَلَ وقضَى على الغَائِبِ؛ نفَذَ بالإجماعِ، وهكذا ذَكَ في «الزيادات»، [في آخرِ أبوابِ الدعاوَى: أنه يَنْفُذُ][2].

فإنْ قيلَ: المُجْتَهَدُ فيه نفْسُ القضاءِ، فيَنْبَغِي أن يَتَوقَّفَ على إمضاءِ قاضٍ آخرَ

قلنا: لا. بل المُجْتَهَدُ فيه سببُ القضاءِ، وهو أن البَيِّنَةَ هل تَكُونُ حُجَّةً مِن غيرِ خَصْمٍ حاضرٍ للقضاءِ أمْ لا؟ فإذا رآها القاضي وقضَى بها نَفَذَ، كما لو قضَى بشهادةِ المحدودِ في القَذْفِ».

[٤/٤٥٧ظ/م] ثم قال صاحبُ «الخلاصةِ»: «والفتوى على هذا»[3].

ونقَل الأُسْتَرُوشَنِيُّ في «فصوله» عن «فتاوى ظهير الدين»: «أن نفْسَ القضاء مختلَفٌ فيه، فيَتَوَقَّفُ على إمضاءِ قاضٍ آخرَ، كما لو كان القاضي محدودًا في القَذْفِ».

قولُه: (وَالْمَفْقُودُ بِهَذِهِ الصِّفَةِ)، أي: هو عاجزٌ عن النظرِ لنفسِه.

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٥٣].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في «خلاصة الفتاوى» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق٤٠٢/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٢١)].

(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوى» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق/ ٤٠٢].

وَصَارَ كَالصَّبِيِّ والْمَجْنُونِ، وَفِي نَصْبِ الْحَافِظِ لِمَالِهِ وَالْقَائِمِ عَلَيْهِ نَظَرٌ لَهُ، وَقَوْلُهُ: يَسْتَوْفِي حَقَّهُ لِإِخْفَاءِ أَنَّهُ يَقْبِضُ غَلَّاتِهِ، وَالدَّيْنُ الَّذِي أَقَرَّ بِهِ غَرِيمٌ مِنْ غُرَمَائِهِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْحِفْظِ، وَيُخَاصِمُ فِي دَيْنٍ وَجَبَ بِعَقْدِهِ؛ لِأَنَّهُ أَصِيلٌ فِي حُقُوقِهِ، وَلَا يُخَاصِمُ فِي الَّذِي تَوَلَّاهُ الْمَفْقُودُ وَلَا فِي نَصِيبٍ لَهُ فِي عَقَارٍ أَوْ عُرُوضٍ فِي يَدِ رَجُلٍ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالِكٍ وَلَا نَائِبٍ عَنْهُ، إِنَّمَا هُوَ وَكِيلٌ بِالْقَبْضِ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي وَأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ الْخُصُومَةَ بِلَا خِلَافٍ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الْوَكِيلِ بِالْقَبْضِ مِنْ جِهَةِ الْمَالِكِ فِي الدَّيْنِ، ....

غاية البيان

قولُه: (وَصَارَ كَالصَّبِيِّ) [٢/١٥ظ]، أي: صار المَفْقُودُ كالصبيِّ.

قولُه: (لِمَالِهِ)، أي: لمالِ المَفْقُودِ.

قولُه: (وَالْقَائِمِ عَلَيْهِ)، أي: على مالِ المَفْقُودِ.

قولُه: (بِعَقْدِهِ)، أي: بعَقْدِ القائمِ الذي نصَبَهُ القاضي (فِي حُقُوقِهِ)، أي: في حقوقِ العقدِ[1].

قولُه: (وَلَا يُخَاصِمُ فِي الَّذِي تَوَلَّاهُ الْمَفْقُودُ)، وفائِدَتُه: أنه لا يَقْبلُ البَيِّنَةَ عليه؛ لأنه ليس مِن النظرِ للمَفْقُودِ، وأنه قضاءٌ على الغَائِبِ.

قولُه: (لِأَنَّهُ)، أي: لأنَّ القائمَ عنه، أي: عن المَفْقُودِ، وأراد بنصيبِ المَفْقُودِ في عقارٍ: أن يَكُونَ العقارُ بينَهُ وبينَ غيرِه مشتركًا.

قولُه: (وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي الْوَكِيلِ بِالْقَبْضِ مِنْ جِهَةِ الْمَالِكِ فِي الدَّيْنِ)، يعني: أن الوكيلَ يَقْبِضُ الدَّيْنَ مِن جهةِ المالكِ يَمِلْكُ الخُصُومَةَ عندَ أبي حَنِيفَةَ؛ خلافًا لصاحِبَيْه.

(١) وقع بالأصل: «حقوق العبد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ يَتَضَمَّنُ الْحُكْمُ بِهِ قَضَاءً عَلَى الْغَائِبِ وَأَنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا إِذَا رَآهُ الْقَاضِي وَقَضَى بِهِ؛ لِأَنَّهُ مُجْتَهَدٌ فِيهِ، ثُمَّ مَا كَانَ يُخَافُ عَلَيْهِ الْفَسَادُ يَبِيعُهُ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ عَلَيْهِ حِفْظُ صُورَتِهِ وَمَعْنَاهُ، فَيَنْظُرُ لَهُ بِحِفْظِ الْمَعْنَى.

غاية البيان

قولُه: (وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ؛ يَتَضَمَّنُ الْحُكْمُ بِهِ قَضَاءً عَلَى الْغَائِبِ[١])، أي: لَمَّا كان الوكيلُ بالقبضِ مِن جهةِ القاضي لا يَمْلِكُ الخُصُومَةَ؛ يَتَضَمَّنُ حُكْمُ القاضي بتنفيذِ ذلك قضاءً على الغائِبِ، وذلك لا يَجُوزُ، إلا إذا رأى ذلك القاضي مصلحةً، فحَكَم بإنفاذِ الخُصُومةِ جاز لوقوعِه في محلٍّ مُجْتَهَدٍ فيه.

وقال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «ولو ادَّعَى إنسانٌ على المَفْقُودِ: أن عندَه حقًّا[٢] مِن دَيْنٍ أو وَدِيعَةٍ أو شركةٍ في عقارٍ أو رَقِيقٍ أو رَدٍّ بعيْبٍ أو مطالبةٍ لاستحقاقٍ لَمْ يُلتفَتْ إلى دعواه؛ لأن الدعوى إنما تُسْمَعُ على الخَصْمِ، والوَرَثَةُ إنما تَصِيرُ خصْمًا بعدَ موتِ المُورثِ، ولم يَظْهَرْ موتُه، فإنْ رأى القاضي سماعَ البَيِّنَةِ وحكَم بذلك؛ نَفَذَ حُكْمُه لكونِه مجتَهدًا فيه»[٣]، إلى هنا لَفْظُه رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

قولُه: (ثُمَّ مَا كَانَ يُخَافُ[٤] عَلَيْهِ الْفَسَادُ؛ يَبِيعُهُ الْقَاضِي)، وهذه من مسائلِ «المبسوط»[٥]، ذكَرها تفريعًا لمسألةِ القُدُوريِّ.

وفسَّره في «شرح الطَّحاويِّ»: بالثمارِ [٤/٤٥٨و/م] [ونحوِه][٦].

(١) وقع بالأصل: «قضاء للغائب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «عنده حق». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة».

(٣) ينظر: «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة» [٢/٣٨٩].

(٤) وقع بالأصل: «ثُمَّ مَا كَانَ مَا يَخَافُ». والمثبت من: «م»، و«غ»، و«ك».

(٥) نظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٣٥٣/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٦) ما بين المعقوفتين: في «م»: «ونحوها».

وَلَا يَبِيعُ مَالًا يَخَافُ عَلَيْهِ الْفَسَادَ فِي نَفَقَةٍ وَلَا غَيْرِهَا؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَىٰ الْغَائِبِ إِلَّا فِي حِفْظِ مَالِهِ، فَلَا يُسَوَّغُ لَهُ تَرْكُ حِفْظِ الصُّورَةِ وَهُوَ مُمْكِنٌ.

والأصلُ هنا: أن القاضيَ له ولايةُ الحِفْظِ في مالِ الغَائِبِ نظَرًا [له][1]؛ لأنه عاجزٌ عن الحِفْظِ بنفسِه، ثم إذا لم يَبِعْ ما يَتَسارَعُ إليه الفسادُ [يَكُونُ تاركًا للحِفْظِ صورةً ومعنًى، فإذا باع كان تارِكًا للحِفْظِ صورةً لا مَعْنًى؛ لأن الماليَّةَ باقيةٌ بحِفْظِ الثمنِ، والحِفْظُ مِن وجهٍ أَوْلَىٰ مِن تَرْكِ الحِفْظِ مِن كلِّ وجْهٍ.

ولا يَبِيعُ ما لا يَتَسارَعُ إليه الفسادُ][2] في نفقةٍ ولا غيرِها، منقولًا كان أو عقارًا، وبه صَرَّح خُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**»، وذلك لأن القاضيَ له ولايةُ الحِفْظِ في مالِ الغَائِبِ لا غيرَ، فإذا أَمْكَن له الحِفْظُ صورةً ومَعْنًى؛ لم يَجُزْ تَرْكُ الحِفْظِ صورةً بالتغييرِ إلىٰ مَعْنًى.

ثم إذا باع ما يَتَسارَعُ إليه الفسادُ؛ يُنْفِقُ منه علىٰ أزواجِه وولدِه. نصَّ عليه الحاكمُ في «**الكافي**»[3]، وذلك لأنه إعانةٌ علىٰ اسْتِيفَاءِ صاحبِ الحقِّ حقَّه، وهو ليس بقضاءٍ علىٰ الغَائبِ، ونذكرُه بعدَ هذه إنْ شاء اللهُ تعالىٰ.

أمَّا الأقاربُ: إذا أرادُوا أنْ يَبِيعُوا مالَ الغَائِبِ لحاجتِهم إلىٰ النفقةِ:

ففي العقارِ: لا يَجُوزُ لغيرِ الأبِ بالاتِّفاقِ.

[**وفي المنقولِ**: إذا لَمْ يَكُنْ مِن جنسِ حقِّهِم؛ نحوُ الخادمِ وغيرُ ذلك يَجُوزُ لغيرِ الأبِ بالاتِّفاقِ][4].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٥٣].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

....

وفي الأبِ اختلافٌ: قال أبو حَنِيفَةَ: يَجُوزُ له أنْ يَبِيعَ منقولَ ابنِه الكبيرِ إذا كان غائبًا لحاجةِ النفقةِ؛ خلافًا لصاحِبَيْه، وإذا كان حاضرًا لا يَجُوزُ للأبِ أنْ يَبِيعَ منقولَهُ بالاتِّفاقِ.

ووجهُ قولِهما: أن بلوغَ الابنِ عن عَقْلٍ: قاطعٌ لولايةِ الأبِ، فلا يَجُوزُ بَيْعُ المنقولِ كالعقارِ.

ووجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْه -: أن الأبَ له فضْلُ مَزِيَّةٍ على سائرِ الأقاربِ، ولهذا يَسْتَحِقُّ النفقةَ بمجرَّدِ الحاجةِ وغيرُه مِن الأرقابِ لا يَسْتَحِقُّونَها بالحاجةِ والعجْزُ عن التكسُّبِ، فإذا كان له فضْلُ مَزِيَّةٍ جاز له بَيْعُ المنقولِ دفْعًا لحاجتِه [٢/١٦و] لأن المنقولَ وإنْ كان مما [لا][1] يَتَسارَعُ إليه الفسادُ؛ يُخَافُ عليه الهلاكُ، بخلافِ العقارِ؛ فإنه لا يُخَافُ عليه الهلاكُ.

[٤/٤٥٨ظ/م] **يَدُلُّ على فضْلِ مَزِيَّةِ الأبِ:** تمَلُّكُ جاريةِ الابنِ لحاجةِ الاستيلادِ، ولَمْ يَثْبُتْ ذلك لسائرِ الأقاربِ، ولا يَلْزَمُ الأُمَّ، حيثُ لا يَجُوزُ لها بَيْعُ منقولِ الابنِ لحاجةِ النفقةِ؛ لأنها تسْتَحِقُّ النفقةَ بالحاجةِ والعجْزِ عن الكسبِ أيضًا؛ لأنها خُلِقَتْ في الأصلِ عاجزةً عن الكسبِ؛ لضَعْفِ بِنْيَتِها، ولهذا بقيَتْ [نفقةُ][2] البنتِ [بعد][3] البلوغِ، وأُلحِقَتْ بالصغيرةِ العاجزةُ.

ثم قال في «الكتابِ»: قال أبو يوسف ومحمد رَحِمَهُمَا اللَّهُ: **أُبْطِلُ بَيْعَه في ذلك كلِّه، ولا أُجِيزُه إلا بقضاءِ قاضٍ، فإذا قضَى القاضي بجوازِه فقد قضَى في فصْلٍ مُجْتَهَدٍ فيه، فينْفُذُ قضاؤُه عندَهم.** كذا ذكَر خُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**».

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

قَالَ: وَيُنْفِقُ عَلَىٰ زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ مِنْ مَالِهِ، وَلَيْسَ هَذَا الْحُكْمُ مَقْصُورًا عَلَىٰ الْأَوْلَادِ بَلْ يَعُمُّ جَمِيعَ قَرَابَةِ الْأَوْلَادِ، وَالْأَصْلُ أَنَّ كُلَّ مَنْ يَسْتَحِقُّ النَّفَقَة

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَيُنْفِقُ عَلَىٰ زَوْجَتِهِ وَأَوْلَادِهِ مِنْ مَالِهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ في «**مختصره**»(١).

وجُمْلَتُه: ما قال الحاكمُ الشهيدُ في «**الكافي**»: «ومَن كان مِن وَرَثَةِ المَفْقُودِ غنِيًّا؛ فلا نفقةَ له في مالِه ما خلا الزوجةَ، وإنْ كانت له غَلَّةٌ جَعَل القاضي فيها مَن يحْتَفِظُ به(٢) ويَقْبِضُها، وما كان يُخَافُ عليه الفسادُ مِن متاعِه، فإن القاضيَ يَبِيعُه ويُنْفِقُ علىٰ زوجتِه وولدِه منه، ولا يَبِيعُ ما لا يُخَافُ عليه الفسادُ في نَفقةٍ ولا [في](٣) غيرِها.

وإنْ لَمْ يَكُنْ له مالٌ إلا الدارِ واحتاجَ ولدُه وزوجتُه إلىٰ النفقةِ؛ لَمْ يُبَعْ لهم الدارُ، وكذلك لو كان له خادمٌ، فإنْ كان له دنانيرُ أو دراهمُ، أو تِبْرُ أحَدِهِما(٤)؛ أنفقَ عليهم، وكذلك الوَدِيعَةُ تَكُونُ له عندَ رَجُلٍ، فإنه يُنْفِقُ عليهم منها.

وكذلك الدَّيْنُ يَكُونُ [له](٥) علىٰ الرَّجُلِ وهو مُقِرٌّ به استحسانًا، وإنْ أعطاهمُ الرَّجُلُ منه شيئًا بغيرِ أمْرِ القاضي لم يَبْرأْ، وكذلك إنْ أعطاهم مِن الوَدِيعَةِ ضَمِنَهُ،

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٨].

(٢) **احتفَظ به:** أي حَفِظه. كذا جاء في حاشية: «ك»، و«م»، و«غ».

(٣) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». والعبارة بدونها في: «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [١/ق١٦٨/أ/ مخطوط فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٢٢)].

(٤) وقع بالأصل: «أوْ تِبْر أخذه لما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وفي «مختصر الكافي»: «أوْ تِبْر أخذها فأنفق عليهم». ينظر: «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [١/ق١٦٨/أ/ مخطوط فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٢٢)].

(٥) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [١/ق١٦٨/أ/ مخطوط فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٢٢)].

فِي مَالِهِ حَالَ حَضْرَتِهِ بِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ عِنْدَ غَيْبَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْقَضَاءَ حِينَئِذٍ يَكُونُ إِعَانَةً ، وَكُلُّ مَنْ لَا يَسْتَحِقُّهَا فِي حَضْرَتِهِ إِلَّا بِالْقَضَاءِ لَا

غاية البيان

فإنْ كان الذي عليه الدَّيْنُ جاحِدًا للدَّيْنِ لَمْ يَكُنْ أحدٌ مِن الزوجةِ والولدِ والأبوَيْن خصمًا في تَثْبيتِه[١] عليه»[٢]. إلى هنا لفْظُ الحاكمِ.

والأصلُ: أن كلَّ مَنْ[٣] يَسْتحِقُّ النفقةَ في مالِ المَفْقُودِ حالَ حَضْرتِه مِن غيرِ قضاءِ قاضٍ كالأبوَيْنِ، والأولادِ الصِّغارِ، ذكورًا كانوا أو إناثًا، والأولادِ الكبارِ مِن النساءِ، والزَّمْنَى[٤] [٤/٤٥٩و/م] مِن الذكورِ الكبارِ؛ فالقاضي يُنْفِقُ عليهم مِن مالِ المَفْقُودِ.

أصلُه: قولُه ﷺ لهندَ امرأةِ أبي سُفْيَانَ: «**خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ**»[٥].

فإذا كان لهم أخْذُها بلا قضاءٍ كان للقاضي إعانةٌ على ذلك، ولا يَكُونُ ذلك قضاءً على الغائِبِ، وهذا لأن للقاضي أنْ يُعِينَ صاحبَ الحقِّ على إيفاءِ[٦] حقِّه حالَ غَيْبتِهِ، كما لو عَلِم بوجوبِ[٧] الدَّيْنِ؛ فإنه يُعْطيهِ الدَّيْنَ مِن مالِ الغائِبِ، والأبوان بمنزلةِ الأولادِ لشمولِ معنى الوِلادةِ.

---

(١) وقع بالأصل: «تثنيته». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [١/ق١٦٨/أ/ مخطوط فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٢٢)].

(٢) ينظر: «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [١/ق١٦٨/أ/ مخطوط فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٢٢)].

(٣) وقع بالأصل: «ما يسْتَحِقّ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) الزَّمْنَى: جمع زَمِن، وهو المبْتَلَى. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٥) مضى تخريجه.

(٦) وقع بالأصل: «إبقاء». والمثبت من: «م»، و«غ»، و«ك».

(٧) وقع بالأصل: «علم برب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ فِي غَيْبَتِهِ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ حِينَئِذٍ تَجِبُ بِالْقَضَاءِ، وَالْقَضَاءُ عَلَى الْغَائِبِ مُمْتَنِعٌ، ....

غاية البيان

وكلُّ مَن لا يَسْتَحِقُّ النفقةَ حالَ الحضْرةِ بغيرِ قضاءٍ؛ فالقاضي لا يُنْفِقُ عليه مِن مالِ المَفْقُودِ؛ كالأخِ، والأختِ، والخالِ، والخالةِ؛ لأنه متى لَمْ يَسْتَحِقَّ حالَ الحضرةِ؛ [كان][1] إنفاقُ القاضي حالَ الغَيْبَةِ قضاءً[2] على الغائبِ بالإيجابِ المبتدأ، وذلك لا يَجُوزُ، لا إعانةَ[3] على إيفاءِ حقٍّ وجَب على الغائبِ.

والفرْقُ بينَ قَرابةِ الولادِ وغيرِهم من سائرِ المحارمِ؛ حيثُ استَحَقَّ الأوَّلُون النفقةَ بلا قضاءٍ، ولَمْ يسْتَحِقَّ الآخرون بلا قضاءٍ؛ لأنَّ حَقَّ قرابةِ الولادِ في النفقةِ آكَدُ مِن حقِّ غيرِهم؛ لأنهم يَسْتَحِقُّونَ النفقةَ بالقرابةِ المحَرِّمةِ للنكاحِ[4]، وبالولادِ، وغيرُهم بالقَرابةِ المُحَرِّمةِ لا بالولادِ، فلَمَّا ظهَر لهم فضْلُ مَزِيَّةٍ ثبَتَ استحقاقُ النفقةِ بلا قضاءٍ، بخلافِ قَرابةِ الإخْوةِ والأخواتِ وسائرِ المحارمِ.

وأمَّا [٢/١٦ظ] **الزوجةُ**: فحقُّها في النفقةِ آكَدُ أيضًا مِن قَرابةِ غيرِ الوِلادِ، ولهذا تسْتَحِقُّ النفقةَ وإنْ كانت غَنِيَّةً.

والتحقيقُ هنا أن يُقَالَ: إن نفقةَ الزوجةِ عِوَضٌ مِن وجْهٍ، مِن حيثُ إنها لا تَسْتَحِقُّ النفقةَ إلا بعملٍ يُوجَدُ منها، وهو احتباسٌ يَنْتَفِعُ به الزوجُ، فكانتِ النفقةُ عِوَضًا مِن هذا الوجهِ وصِلةً مِن وجهٍ، مِن حيثُ إنها في الاحتباسِ عاملةٌ لنفسِها، حيثُ تُوَفَّى ما استَحَقَّ الزوجُ عليها بعدَ النِّكَاحِ، والإنسانُ في إيفاءِ ما عليه عاملٌ لنفسِه، فمِنْ هذا الوجهِ كانت صِلةً، فما كان عِوَضًا مِن وجهٍ صلةً مِن وجهٍ؛ كان

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «قضى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «لأنه إعانة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) وقع بالأصل: «بالنكاح». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

. . . .

آكَدَ مِن صلةٍ مِن كلِّ وجهٍ.

قال خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: وإنِ استوثَقَ [٤/٤٥٩ظ/م] منهم بكفيلٍ فحَسَنٌ؛ لجوازِ أَنَّهُم أخذُوا نفقةَ هذه المدَّةِ مِن المَفْقُودِ مرَّةً، [فيأْخُذُ منهم كفيلًا، حتى إذا حضَر المَفْقُودُ وأثبَتَ أنه دفعَ إليهم نفقةَ هذه المُدَّةِ مرَّةً][1] ولَمْ يَقْدِرْ عليهم؛ أخَذَ مِن الكفيلِ، وإنْ شاء ضَمَّنَهم.

قالوا: والتضمينُ لا يُفِيدُ؛ لأنه لازمٌ عليهم بلا شرطٍ؛ لأنهم متىٰ كانوا أخَذُوها مرَّةً كان الثاني مضمونًا عليهم، ولكن قالُوا: فيه نوعُ فائدةٍ، وهو أنهم ربَّما لا يَعْلَمُون وجوبَ الضَّمانِ عليهم، فيُشْتَرَطُ ذلك حتىٰ يَعْلَمُوا، فيَمْتَنِعُوا مِن الأَخْذِ مرَّةً أخرىٰ، هذا حاصلُ ما قالُوا.

وإنْ كانتِ الوَرَثَةُ كبارَ السِّنِّ، بهم زَمَانَةٌ، ولا فيهم امرأةٌ، أو كانوا إخوةً مِن الرَّضَاعِ أو بني عَمٍّ؛ لم يُنْفِقْ عليهم مِن مالِه؛ لأنهم لا يَسْتَحِقُّونَ [النفقةَ][2] حالَ حضْرةِ المَفْقُودِ، فكذا حالُ غَيْبَتِه، والصِّغَارُ مِن الذكُورِ والأَبَوَانِ إنما يُنْفِقُ عليهم القاضي إذا كانوا محتاجِين، كما لو كان المَفْقُودُ حاضرًا، بخلافِ الزوجةِ؛ حيثُ يُنْفِقُ عليها وإنْ كانت غنِيَّةً.

وهذا الذي ذكَرْناه مِن حُكْمِ الإنفاقِ فيما إذا[3] كان مالُ المفْقُودِ دراهمَ أو دنانيرَ.

أما العُروضُ: فلا يَبِيعُ من ذلك إلا ما يُخْشَىٰ عليه الفسادُ؛ لأن للقاضي ولايةً في حِفْظِ مالِ الغَائبِ، فجاز بَيْعُه لأجْلِ الحِفْظِ، فإذا باع والثمنُ مِن جنسِ حقِّهم؛

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «وأما إذا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

. . . .

كان له أن يُنْفِقَ عليهم منه، وذلك لأنَّ حقَّهُم: المَلْبُوسُ والمطعومُ، فإذا لم يَكُنْ في مالِه مَلْبُوسٌ ولا مطعومٌ؛ يَحْتَاجُ إلىٰ القضاءِ بالقِيمَةِ، والقِيمَةُ دراهمُ أو دنانيرُ، فكانت مِن جنسِ حقِّهِم، وكذا التِّبْرُ؛ لأنَّهُ [مما][1] يَصْلُحُ قِيمَةً كالدراهمِ والدنانيرِ، فلهم أَخْذُ جنسِ حقِّهِم، وللقاضي إعانةٌ في ذلك، وبالهَوَىٰ قد وافَق القضاءَ.

وهذا الذي ذكَرْناه من إنفاقِ القاضي عليهم من الدراهمِ والدنانيرِ: إذا كانت في يدِ القاضي، فإنْ كانتِ الدراهمُ والدنانيرُ وَدِيعَةً عندَ رَجُلٍ مُقِرٍّ بها، أو دَيْنًا عندَ رَجُلٍ مُقِرٍّ به؛ فللقاضي أن يُنْفِقَ منها إذا كان النِّكَاحُ والنَّسَبُ ظاهرًا عندَ القاضي، وإذا لم يَكُنْ ظاهرًا عندَهُ؛ فلا بُدَّ مِن[2] إقرارِ ذي اليدِ بِالنِّكَاحِ والنَّسَب [٤/٦٠و/م]، وهذا هو الاستحسانُ.

وفي القياسِ: لا يُنْفِقُ عليهم مِن الوَدِيعَةِ والدَّيْنِ.

قال خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «وليس هذا القياسُ والاستحسانُ في الوَدِيعَةِ والدَّيْنِ خاصَّةً، بل في جميعِ أموالِ المفْقُودِ، ما كان في يدِ الحاكمِ وفي بيْتِه: القياسُ ألَّا يُنْفِقَ عليهم مِن ذلك، ولكنَّه في الاستحسانِ يُنْفِقُ عليهم» إلىٰ هنا لفْظُه رَحِمَهُ اللّٰهُ تَعَالَىٰ.

وجهُ القياسِ: أن هذا قضاءٌ علىٰ الغَائبِ فلا يَجُوزُ، ولهذا لا يُنْفِقُ علىٰ أخيه وأختِه مِن مالِ المفْقُودِ، وذلك لأن النفقةَ صِلةٌ لا عِوَضٌ، والصلةُ لا تُمْلَكُ قَبْلَ القبضِ، فَقَبْلَ القبضِ قدْرُ النفقةِ باقٍ علىٰ مِلْكِ المَفْقُودِ، فإذا أعطاهم النفقةَ مِن مالِه؛ كان ذلك قضاءً بإزالةِ مِلْكِهِ، وليس حَدُّ القضاءِ الإزالةَ ما لم يَكُنْ زائلًا، أو

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «فاليد من». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

. . . .

غاية البيان

إثباتَ[١] ما لم يَكُنْ ثابتًا، فكان قضاءً على الغَائبِ، ولأن المُودَعَ مأمورٌ بالحِفْظِ لا الدفْعِ، وحقُّ المرأةِ يَصِلُ إليها بالأمرِ بالاستدانةِ؛ لأنه [٢/١٧و] أمرٌ مشروعٌ، كما لو لَمْ يَكُنْ وَدِيعَةً، فلا ضرورةَ في الإنفاقِ مِن الوَدِيعَةِ.

وجهُ الاستحسانِ: ما رُوِيَ في حديثِ هندَ امرأةِ أبي سُفْيانَ: أنها جاءَتْ إلى رسولِ اللهِ ﷺ، فقالت: إِنَّ أَبَا سُفْيانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، لَا يُعْطِينِي مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي، فقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «**خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالْمَعْرُوفِ**»[٢]، فثبَتَ بهذا جوازُ الإنفاقِ مِن مالِ الغَائِبِ للزوجةِ والولدِ؛ لأن أبا سُفْيانَ كان غائبًا، ولأنَّ الوَدِيعَةَ والدَّيْنَ مالُ المَفْقُودِ، وهو من جنسِ حقِّهم، فكان للقاضي أن يُنْفِقَ عليهم مِن ذلك، كما يُنْفِقُ مِن مالِه الذي في يدِ القاضي أو في بيتِه.

ثم الحُكْمُ إذا ثبَتَ نصًّا بخلافِ القياسِ، لا يُقاسُ عليه غيرُه، فلا جَرَمَ لَمْ يَجُزِ الإنفاقُ مِن مالِ الغَائبِ على الإخوةِ والأخواتِ، بخلافِ الأبوَيْن؛ لأنهما في معنى الأولادِ؛ لشمولِ معنى الوِلَادِ.

أو نَقُولُ: ثبَتَ جوازُ الإنفاقِ على الأبِ دلالةً، [لا][٣] قياسًا؛ لأنَّ حقَّ الأبِ في النفقةِ آكَدُ مِن حقِّ الولدِ، فإن الولدَ لا يَسْتَحِقُّ النفقةَ بمجرَّدِ الحاجةِ، ما لَمْ يَكُنْ عاجزًا عن الكسبِ، والأبُ يَسْتَحِقُّها بمجرَّدِ الحاجةِ، وإنْ كان قادرًا على الكَسبِ.

قال خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «ولَمْ يذْكُرْ في [٤/٦٠ظ/م] الكتابِ ـ يعني: في «**المبسوط**» ـ أنه إذا كان للمَفْقُودِ دَيْنٌ ووَدِيعَةٌ؛ يُنْفِقُ أوَّلًا مِن الوَدِيعَةِ، أو

(١) وقع بالأصل: «وإثبات». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) مضى تخريجه.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

. . . .

مِن الدَّيْنِ؟».

ثم قال: وذكَر في «**السِّيَر الكبير**»[١]: يُنْفِقُ مِن الوَدِيعَةِ أوَّلًا، لأن القاضيَ نُصِبَ ناظرًا، والنظرُ للغَائِبِ في الإنفاقِ مِن الوَدِيعَةِ أوَّلًا لا مِن الدَّيْنِ؛ لأنه متى أنفَق مِن الدَّيْنِ أوَّلًا، ربما تَهْلِكُ الوَدِيعَةُ في يدِ المُودَعِ في مُدَّةِ الإنفاقِ، فإذا حضر الغَائبُ؛ لا يَصِلُ إليه لا الدَّيْنُ ولا الوَدِيعَةُ.

ومتى أنفَق مِن الوَدِيعَةِ: إنْ جاء المَفْقُودُ أمكنَه قبْضُ الدَّيْنِ؛ لأنه مما [لا][٢] يَرِدُ عليه التَّوَى والتلَفُ، فإنْ أعطَى مَن عليه الدَّيْنُ بغيرِ أمرِ القاضي؛ كان الدَّيْنُ علىٰ حالِه، ولا يَبْرَأُ مِن ذلك؛ لأنه لَمْ يدْفَعِ الدَّيْنَ إلىٰ صاحبِ الدَّيْنِ ولا إلىٰ نائبه، فصار كما لو دفَع إلىٰ غريمٍ آخرَ للمَفْقُودِ أو إلىٰ أجنبيٍّ [آخرَ][٣].

بخلافِ ما إذا دفَع بأمْرِ القاضي؛ لأن للقاضي أن يقْبِضَ دَيْنَ الغَائبِ لِمَا فيه مِن الحِفْظِ، فإذا كان له أنْ يقْبِضَ دَيْنَ الغَائِبِ؛ كان له أنْ يَأْمُرَ غيرَهُ بالقبضِ، فكان قَبْضُ هؤلاء بأمْرِ القاضي كقَبْضِ القاضي، فبَرِئَ المَدْيُونُ عن الدَّيْنِ؛ لأنه نائبٌ عن الغَائبِ.

فَإِنْ قُلْتَ: القاضي نائبٌ عن الغَائبِ في القبضِ للحِفْظِ، ولا حِفْظَ في القبضِ للإنفاقِ علىٰ هؤلاءِ، [فينبغي][٤] ألَّا يَكُونَ نائبًا.

قُلْتُ: القاضي نائبٌ عن الغَائبِ في إيفاءِ ما عليه من الحقوقِ، كما هو نائبٌ عنه في الحِفْظِ، ولهذا جاز له أنْ يُوَفِّيَ ما عليه مِن الدَّيْنِ إذا عَلِمَ بوجوبِه، بخلافِ

---

(١) ينظر: «السِّيَر الكَبِير/ مع شرْح السرخسي» لمحمد بن الحسن [١٤٤/٥].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

. . . .

المُودَعِ؛ فإنه نائبٌ في الحِفْظِ، لا في الإيفاءِ، وكذا إذا أعطَىٰ المُودَعَ بغيرِ أمْرِ القاضي؛ كان ضامنًا لِمَا أنه لَمْ يحْصُلِ الدفعُ إلىٰ المالكِ أو إلىٰ نائبِه، فصار كدَفْعِه إلىٰ أجنبيٍّ.

فَإِنْ قُلْتَ: يَنْبَغِي ألَّا يَضْمَنَ المُودَعُ؛ لأنه إذا دفَع الوَدِيعَةَ إلىٰ مَن في عيالِ المُودَعِ؛ لَمْ يَضْمَنْ.

قُلْتُ: إنما لَمْ يَضْمَنْ بالدفعِ إلىٰ مَن في عيالِه إذا دفَع الوديعةَ للحِفْظِ، فإذا دفَعَها إليه للإنفاقِ علىٰ نفسِها؛ ضَمِن، وهنا دفَع للإنفاقِ؛ فضَمِن.

أمَّا إذا كان المُودَعُ جاحدًا للوديعةِ، أو مَن عليه الدَّيْنُ جاحِدًا للدَّيْنِ، أو جَحَدَ الزَّوْجِيَّةَ ونسَبَ الولَدِ أو الوالِدَيْن [٤/٤٦١و/م]، [فأرادت][(١)] امرأةُ المَفْقُودِ أو ولدُه أو [والِدَاه][(٢)] إقامةَ البَيِّنَةِ - لإثباتِ الوَدِيعَةِ أو الدَّيْنِ [٢/١٧ظ]، أو الزَّوْجِيَّةِ، أو النَّسَبِ -؛ لَمْ يُلتفَتْ إلىٰ ذلك؛ لأنَّ الخُصُومَةَ إنما تُسْمَعُ مِن المالكِ، أو نائبِ المالِكِ، ولَمْ يُوجَدْ لا هذا، ولا ذاك، فلا تُسْمَعُ الخُصُومَةُ.

أمَّا عدمُ وجودِ المالكِ: فظاهرٌ، وكذا عدمُ النائبِ لأنَّ الغَائِبَ لَمْ يُوَكِّلْهُ حقيقةً، ولا يَكُونُ وكيلًا حُكْمًا أيضًا؛ لأن ما يَدَّعِي علىٰ الغَائِبِ ليس بسببٍ لِمَا يَدَّعِي علىٰ الحاضرِ بثبوتِ الحقِّ فيه، وهو النفقةُ لا محالةَ؛ لأن النفقةَ كما تَجِبُ له في هذا المالِ؛ تَجِبُ في مالٍ آخرَ للمَفْقُودِ، فلَمْ يَكُنْ خصْمًا عن المَفْقُودِ حُكْمًا، وكَشْفُ هذا سوف يَجِيءُ في كتابِ: «**أدب القاضي**»، في أن القضاءَ علىٰ الغَائِبِ لا يَجُوزُ إلا إذا حضَر مَن يَقُومُ مَقَامَهُ بإنابَتِه أو بإنابةِ الشرعِ أو بكونِه نائبًا حُكْمًا.

---

(١) ما بين المعقوفتين: في الأصل: «فأراد»، والمثبت من «م».

(٢) ما بين المعقوفتين: في «م»: «المرأة».

فَمِنَ الْأَوَّلِ الْأَوْلَادُ الصِّغَارُ، وَالْإِنَاثُ مِنَ الْكِبَارِ، وَالزَّمْنَى مِنَ الذُّكُورِ الْكِبَارِ، وَمِنَ الثَّانِي الْأَخُ وَالْأُخْتُ وَالْخَالُ وَالْخَالَةُ.

غاية البيان

وقال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه» ـ في فصْلِ النفقاتِ مِن «كتابِ النِّكَاحِ» ـ: فإنْ جَحَدَ المالَ للغَائِبِ[١] أو النِّكَاحَ أو كلاهما؛ لَمْ تُقْبَلْ مِن المرأةِ بَيِّنَةٌ عليهما.

أمَّا على المالِ: فلأنها تُثْبِت[٢] المِلْكَ للغَائِبِ[٢]، وهي ليس بخَصْمٍ في إثباتِ المِلْكِ للغَائِبِ[٢].

[وأما على النِّكَاحِ: فلأنها تُثْبِتُ النِّكَاحَ على الغَائِبِ، والمُودَعُ أو المَدْيُونُ[٣] ليس بخصمٍ في إثباتِ النِّكَاحِ على الغَائِبِ][٤]، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ الآخرُ، وهو قولُ محمدٍ.

وكان أبو حَنِيفَةَ وأبو يوسفَ يَقُولانِ أوَّلًا: يَقْبَلُ منها بَيِّنَةً على النِّكَاحِ، لكن على قولِ أبي حَنِيفَةَ الأوَّلِ: يُقْضَى بِالنِّكَاحِ، وعلى قولِ أبي يوسفَ الأوَّلِ: لا يُقْضَى»[٥].

قولُه: (فَمِنَ الْأَوَّلِ)، أي: فمِمَّنْ يَسْتَحِقُّ النفقةَ بغيرِ قضاءِ [القاضي][٦].

قولُه: (وَمِنَ الثَّانِي)، أي: وممَّنْ لا يَسْتَحِقُّ النفقةَ إلا بالقضاءِ.

---

(١) وقع بالأصل: «الغَائِب على الغَائِب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «ثبتت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة».

(٣) وقع بالأصل: «والمَدْيُون». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وتحرَّفَتِ العبارةُ في المطبوع مِن «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة»: إلى: «الديون»! وهو على الصواب في جملة مِن النُّسَخ الخَطِّية، منها: [١/ق٨٣/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٨٦)].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة».

(٥) ينظر: «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة» [٢/٣٤٧].

(٦) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَقَوْلُهُ: مِنْ مَالِهِ مُرَادُهُ الدَّرَاهِمُ وَالدَّنَانِيرُ؛ لِأَنَّ حَقَّهَمُ فِي الْمَطْعُومِ وَالْمَلْبُوسِ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ فِي مَالِهِ يَحْتَاجُ إِلَىٰ الْقَضَاءِ بِالْقِيمَةِ، وَهِيَ النَّقْدَانِ وَالتِّبْرُ بِمَنْزِلَتِهِمَا فِي هَذَا الْحُكْمِ؛ لِأَنَّهُ يَصْلُحُ قِيمَةً كَالْمَضْرُوبِ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ الْقَاضِي.

فَإِنْ كَانَتْ وَدِيعَةً أَوْ دَيْنًا يُنْفِقُ عَلَيْهِمْ مِنْهُمَا إِذَا كَانَ الْمُودِعِ وَالْمَدْيُونِ مُقِرَّيْنَ بِالْوَدِيعَةِ وَالدَّيْنِ والنِّكَاحِ وَالنَّسَبِ، ....

[قولُه][1]: (وَقَوْلُهُ: مِنْ مَالِهِ)، أي: قولُ القُدُورِيِّ في قولِه: «ويُنْفِقُ علىٰ زوجتِه وأولادِه مِن مالِه»[2] المرادُ منه: الدارهمُ والدنانيرُ.

قولُه: (لِأَنَّ حَقَّهُمْ)، أي: حقَّ قَرابةِ الوِلَادِ والزوجةِ.

قولُه: (وَإِذَا لَمْ يَكُنْ فِي مَالِهِ)، أي: لم يَكُنِ المطعومُ، أو المَلْبُوسُ في مالِ المفْقُودِ.

قولُه: (بِالقِيمَةِ)، أي: بقيمةِ المطعومِ والمَلْبُوسِ.

قولُه: (وَهِيَ النَّقْدَانِ)، أي: القِيمَةُ: الدرهمُ والدينارُ.

قولُه: (وَالتِّبْرُ بِمَنْزِلَتِهِمَا)، أي: ما كان مِن الذَّهَبِ والفِضَّةِ غيرَ مَصُوغٍ، بمنزلةِ النقدَيْن [٤/٤٦١ظ/م] (فِي هَذَا الْحُكْمِ) أي: في القضاءِ بِالقِيمَةِ.

قولُه: (وَهَذَا إِذَا كَانَتْ فِي يَدِ الْقَاضِي)، أي: الإنفاقُ مِن مالِ المَفْقُودِ علىٰ الزوجةِ وقَرابةِ الوِلَادِ، إذا كانتِ الدراهمُ والدنانيرُ في يدِ القاضي، فإنْ كانت وَدِيعَةً أو دَيْنًا؛ فتفصِيلُ ذلك مَرَّ آنفًا.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٨].

وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُونَا ظَاهِرَيْنِ عِنْدَ الْقَاضِي، فَإِنْ كَانَا ظَاهِرَيْنِ فَلَا حَاجَةَ إِلَى الْإِقْرَارِ، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ظَاهِرًا الْوَدِيعَةُ وَالدَّيْنُ أَوِ النِّكَاحُ وَالنَّسَبُ يُشْتَرَطُ الْإِقْرَارُ بِمَا لَيْسَ بِظَاهِرٍ، ....

غاية البيان

قولُه: (وَهَذَا إِذَا لَمْ يَكُونَا[1] ظَاهِرَيْنِ)، **أي**: الإنفاقُ على الزوجةِ وقَرابةِ الوِلادِ بإقرارِ المودَعِ، والمَدْيُونُ بالوديعةِ والدَّينِ والنِّكاحِ والنَّسَبِ، إذا لَمْ تَكُنْ هذه الأشياءُ الأربعةُ ظاهرةً عندَ القاضي، فإنْ كانت ظاهرةً عندَه فلا حاجةَ إلى الإقرارِ.

وإنما ثَنَّى الفعلَ في قولِه: (لَمْ يَكُونَا)؛ لأنه جعَلَ الوَدِيعَةَ والدَّيْنَ شيئًا واحدًا، والنِّكَاحَ والنَّسَبَ شيئًا واحدًا؛ لأن مُدَّعِي النفقةَ هنا: المرأةُ، أو قَرابةُ الوِلَادِ في المالِ الذي هو وَدِيعَةٌ أو دَيْنٌ.

فباعتبارِ[2] المالِ: جعَلَ الوَدِيعَةَ والدَّيْنَ شيئًا واحدًا.

وباعتبارِ المدَّعِي: جعَلَ النِّكَاحَ والنَّسَبَ شيئًا واحدًا.

يدلُّ على هذا التأويلِ: ما ذكَره بقولِه: (فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا ظَاهِرًا)، أي: الوَدِيعَةُ، أو الدَّيْنُ أو النِّكَاحُ أو النَّسَبُ.

قولُه: (يُشْتَرَطُ الإِقْرَارُ بِمَا لَيْسَ بِظَاهِرٍ)، وهذا مِثْلُ إنْ لم تَكُنِ الزَّوْجِيَّةُ أو النَّسَبُ ظاهرةً عندَ القاضي، يُشْتَرطُ إقرارُ المُودَعِ أو المَدْيُونِ بأنْ يَقُولَ: هذه زوجةُ فلانٍ المفْقُودِ، أو يَقُولُ: هذا ابنُ فلانٍ المَفْقُودِ، وكذا إذا لَمْ يَكُنِ الدَّيْنُ أو الوَدِيعَةُ ظاهرًا عندَ القاضي[3]، يَقُولُ مَن في يدِه المالُ: هذه [٢/١٨و] وَدِيعَةُ فلانٍ المَفْقُودِ، أو دَيْنُ فلانٍ المَفْقُودِ.

---

(١) وقع بالأصل: «يكونوا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «فاعتبار». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «عند القول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ.

فَإِن دَفَعَ الْمُودِعُ بِنَفْسِهِ أَوْ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ بِغَيْرِ أَمْرِ [٢٣٧/و] الْقَاضِي يَضْمَنُ الْمُودِعُ وَلَا يَبْرَأُ الْمَدْيُونُ؛ لِأَنَّهُ مَا أَدَّىٰ إِلَىٰ صَاحِبِ الْحَقِّ وَلَا إِلَىٰ نَائِبِهِ بِخِلَافِ مَا إِذَا دَفَعَ بِأَمْرِ الْقَاضِي؛ لِأَنَّ الْقَاضِي نَائِبٌ عَنْهُ.

وَإِنْ كَانَ الْمُودَعُ وَالْمَدْيُونُ جَاحِدَيْنِ أَصْلًا أَوْ كَانَا جَاحِدَيْنِ الزَّوْجِيَّةَ وَالنَّسَبَ لَمْ يَنْتَصِبْ أَحَدٌ مِنْ مُسْتَحِقِّي النَّفَقَةِ خَصْمًا فِي ذَلِكَ؛ لِأَنَّ مَا يَدَّعِيهِ لِلْغَائِبِ لَمْ يَتَعَيَّنْ سَبَبًا لِثُبُوتِ حَقِّهِ وَهُوَ النَّفَقَةُ؛ لأَنَّهَا كَمَا تَجِبُ فِي هَذَا الْمَالِ تَجِبُ فِي مَالٍ آخَرَ لِلْمَفْقُودِ.

قَالَ: وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ، ....

غاية البيان

قولُه: (هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ)، أي: الإنفاقُ مِن الوَدِيعَةِ أوِ الدَّيْنِ على الزوجةِ وقَرابةِ الوِلَادِ؛ هو الصحيحُ، [وهو وجهُ الاستحسانِ، واحترَز بقولِه: (هُوَ الصَّحِيحُ)][1] عن وجْهِ القياسِ، وهو قولُ زُفَر رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، والوجهان قد بيَّنَّاهما آنفًا.

قولُه: (نَائِبٌ عَنْهُ)، أي: عن المَفْقُودِ.

قولُه: (وَإِنْ كَانَ الْمُودَعُ وَالْمَدْيُونُ جَاحِدَيْنِ أَصْلًا)، أراد بهما: جحودَهما لِلزَّوْجِيَّةِ والنَّسَبِ، وكونِ المالِ الذي في يدِهِما للمَفْقُودِ، وبيانُه مَرَّ آنفًا.

قولُه: (وَلَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «مختصره»[2].

وقال مالكٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى: إنها تتربَّصُ[3] أربعَ سنين [٤/٤٦٢و/م]، فإذا تربَّصَتْ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٨].

(٣) وقع بالأصل: «وتتربص». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

....

أربعَ سنين، ولَمْ تَعْلَمْ بحالِ الزوجِ أنه حَيٌّ أمْ ميِّتٌ؛ تَرْفَعُ الأمرَ إلىٰ القاضي، فيُفَرِّقُ القاضي بينَهُما، ثم تعْتَدُّ مِن زوْجِها، فإذا انقضَتْ عِدَّتُها؛ تزوَّجَتْ بزوْجٍ آخرَ إنْ شاءَت، فإذا جاء زوْجُها الأوَّلُ؛ فهو بالخيارِ إنْ شاء تركَها علىٰ الثاني، وأخَذ منه المهرَ، وإنْ شاء فسَخ نكاحَ الثاني وتزَوَّجها، كذا نقَلَ خُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**» مذهبَ مالكٍ[1].

له: ما رُوِيَ عن عبدِ الرحمنِ بنِ أبي ليْلَىٰ أنه قال: إني لَقيْتُ المَفْقُودَ نفْسَهُ، فَحَدَّثَنِي بحديثِه، قال: أكلْتُ خزيرًا[2] في أهلي، ثم خرجْتُ فأخَذَني نَفَرٌ مِن الجِنِّ، فكنْتُ فيهم، ثم بدا لهم في عِتْقِي فأعتقوني، ثم أَتَوا بي قريبًا مِن المدينةِ، ثم قالوا: أَتَعْرِفُ النَّخِيلَ؟ قُلْتُ: نعم. فخلُّوا عنِّي، فجِئْتُ فإذا عُمَرُ بنُ الخطَّابِ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْه - قد أبانَ امرأتي منِّي بعدَ أربعِ سنين وحاضَتْ، فانقضَتْ عِدَّتُها فتزوَّجَتْ، فخيَّرني عُمَرُ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْه - أنْ يَرُدَّها علَيَّ، وبينَ المهرِ»[3].

فاحتجَّ مالكٌ بهذا وقال: هذا لا يُعْرَفُ قياسًا، فيُحْمَلُ علىٰ أنه كالمَرْوِيِّ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ، بخلافِ ما رُوِيَ عن عليٍّ؛ فإنه قِيَاسِيٌّ، فلَمْ يَكُنْ كالمَرْوِيِّ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ، فكان الأخْذُ بما رُوِيَ عن عُمرَ أَوْلَىٰ، ولأنَّ امرأةَ المَفْقُودِ تُشْبِهُ

---

(١) ينظر: «البيان والتحصيل» لابن رشد [٦١/٥]. و«الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٥٦٧/٢]. و«التوضيح في شرح المختصر ابن الحاجب» لخليل بن إسحاق [١٠٤/٥].

(٢) وقع بالأصل: «حيرا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

والخزيرُ: دَقِيقٌ يُلْبَك بشَحْم، كانت العربُ تأكله، والخَزِيرةُ: السَّخِينة. كذا في «الجمهرة». كذا جاء في حاشية: «ك»، و«م»، و«غ». وينظر: «جمهرة اللغة» لابن دُرَيْد [٥٨٣/١].

(٣) أخرجه: محمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣٥١/٩/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. وابن المنذر في «الأوسط» [٥٢٦/٨ - ٥٢٧]، وعبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/ ١٢٣٢٢]، عن عبد الرحمن بن أبي ليلىٰ ﷺ به. واللفظ لمحمد بن الحسن.

امرأةَ المُولِي، مِن حيثُ إن حقَّها في الجِماعِ فاتَ بصُنْعِه[1] في السفرِ، كفَوَاتِ حقِّ المُولِي في الجِماعِ بصُنْعِه[2]، وهو الإيلاءُ.

وتُشْبِهُ امرأةَ العِنِّينِ مِن حيثُ إن حقَّها في الجِمَاعِ فاتَ مِن جهةِ الزوجِ بسببٍ هو فيه معذورٌ؛ [لأن الغَيْبَةَ مباحٌ، كما أن حقَّ امرأةِ العِنِّينِ فاتَ في الجِمَاعِ بعُنَّةِ الزوجِ، وهو فيها معذورٌ][3]، فضَرَبْنا لها مُدَّةَ الخلاصِ؛ لتصِلَ إلىٰ حقِّها في الجِمَاعِ أربعَ سنين اعتبارًا بالشَبَهَيْن، فقَدَّرْناها بالأربعِ اعتبارًا لشُبْهةِ الإيلاءِ، وجعلنا الأربعَ مِن السنينَ اعتبارًا بشُبْهةِ العُنَّةِ، ثم لَمْ يُوقِعِ الفرْقةَ بعدَ أربعِ سنين إلا بتفريقِ القاضي؛ لأن الفرْقةَ في الإيلاءِ عندَه لا تَقَعُ إلا بتفريقِ القاضي، كما في العُنَّةِ.

ولنا: ما روَىٰ علماؤنا في «**المبسوط**»[4]: عن مُغِيرَةَ بْنِ شُعْبَةَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَى عَنْه - عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أنه قال فِي امْرَأَةِ الْمَفْقُودِ: «إِنَّهَا امْرَأَتُهُ حَتَّىٰ يَأْتِيَهَا الْبَيَانُ»[5].

---

(١) وقع بالأصل: «بصنعة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «بصنعة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) لَمْ نظْفَر بهذا الخبر في: «مبسوط محمد بن الحسن»، ولا في «مبسوط السرخسي»، فلعل المؤلِّف يعني به: «مبسوط شيخ الإسلام خُوَاهَرْ زَادَه» أو غيره.

(٥) أخرجه: الدارقطني في «سننه» [٣١٢/٣]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٤٤٥/٧]، مِن طريق سَوَّار بْن مُصْعَبٍ، نا مُحَمَّدُ بْنُ شُرَحْبِيلَ الْهَمْدَانِيِّ، عَنِ الْمُغِيرَةِ بْنِ شُعْبَةَ ﷺ به.
قال البيهقي: «كذلك رواه زكريا بن يحيىٰ الواسطي عن سوار بن مصعب، وسوار ضعيف».
وقال أبو حاتم الرازي: «هذا حديث منكر، ومحمد بن شرحبيل: متروك الحديث، يرْوِي عن المغيرة بن شعبة، عن النبي ﷺ أحاديثَ مناكير أباطيل».
وقال ابنُ أبي العز: «هذا الحديث ضعيف، أخرجه الدارقطني والبيهقي وضعَّفه، وضَعَّفه أيضًا عبدُ الحق وابنُ قدامة». ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [١٦٧/٤]، و«العلل» لابن أبي حاتم [١١٩/٤]. و«التنبيه علىٰ مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٣١٩/٤].

. . . .

[٤/٤٦٢ظ/م] وروىٰ محمدُ بنُ الحسنِ في «الأصل»: «عن أبي حَنِيفَةَ عن حمَّادٍ عن إبراهيمَ عن عَلِيٍّ بنِ أبي طالبٍ - رَضِيَ اللهُ تعالى عَنْه - أنه قال في امرأةِ المَفْقُودِ: إنها امرأةٌ ابتلِيَتْ، فلْتَصْبِرْ حتىٰ يسْتَبِينَ[١] موتٌ أو طلاقٌ»[٢].

فَعُلِمَ: أن امرأةَ المَفْقُودِ لا تَقَعُ الفرْقةُ بينَها وبينَ زوْجِها إلىٰ أن يَظْهَرَ حالُ المَفْقُودِ مِن موتٍ أو طلاقٍ، ولأنَّ الغَيْبَةَ لا تُوجِبُ إزالةَ المِلْكِ في مِلْكِ اليمينِ؛ فكان ما بعدَ أربعِ سنينَ، كما قبلَ أربعِ سنينَ.

ورجَّحَ علماؤُنا قولَ عَلِيٍّ علىٰ قولِ عُمرَ مِن ثلاثةِ أوجهٍ:

أحدُها: أنه رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ [٢/١٨ظ] مِثْلَ قولِه، فكان قولُه تفسيرًا لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

والثاني: أنه موافِقٌ للقياسِ.

والثالثُ: أنه رُوِيَ عن عبدِ الرحمنِ بنِ أبي ليلَىٰ: «أن عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْه - رجَع عن ثلاثِ قضِيَّاتٍ إلىٰ قولِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْه -: في امرأةِ أَبِي كَنَفٍ، وفي المَفْقُودِ زوْجُها، وفي المرأةِ التي تزوَّجَتْ بزَوْجٍ آخَر بعدَما[٣] نُعِيَ إليها وفاةُ زَوْجِها»[٤].

فلَمَّا ثبَتَ أن عُمرَ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْه - رجَع إلىٰ قولِ عليٍّ؛ كان ذلك إجماعًا علىٰ قولِ عليٍّ رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْه.

---

(١) **استبانَ الشيءُ:** ظَهَر. كذا جاء في حاشية: «م»، و«غ».

(٢) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٣٥٠/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن عليّ بن أبي طالب ﷺ به.

(٣) وقع بالأصل: «بعد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) لَمْ نظفر به موصولًا بعد التتبع، وقد ذكَره السرخسيُّ في: «المبسوط» [١١/٣٧].

. . . .

أمَّا تفسيرُ امرأةِ المَفْقُودِ: فقد مَرَّ بيانُه آنفًا.

وأمَّا تفسيرُ امرأةِ [أبي][1] كَنَفٍ: فهو ما رُوِيَ عن إبراهيمَ: «أن أبا كَنَفٍ طَلَّق امرأتَه، فأعلَمَها وراجَعَها قبلَ انقضاءِ العِدَّةِ، وسافر ولَمْ يُعْلِمْها، وجاء وقد تزوَّجَتْ، فأتَىٰ عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْه - فقَصَّ عليه القصَّةَ؛ فقال عُمرُ: إنْ وجدْتَه لَمْ يدْخُلْ بها فأنتَ أحقُّ بها، وإنْ كان قد دخَل بها فليس لك سبيلٌ»[2].

ومالكٌ احتجَّ في هذه المسألةِ: بقولِ عُمَرَ، وعلماؤُنا احتَّجُوا بقولِ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْه -، فإنه قال - في الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امرأةً فيُعْلِمُها، ويُرَاجِعُها ويُشْهِدُ ولا يُعْلِمُها -: «إنها امرأتُه، أعلَمَها أو لم يُعْلِمْها»[3].

والمعنىٰ في المسألةِ: أن الثانيَ تزوَّج منكوحةَ الغيْرِ، فيَكُونُ الأوَّلُ أحقَّ بها كما لو لَمْ يُطَلِّقْها الأوَّلُ، وذلك لأنَّ رجعةَ الأوَّلِ قد صحَّتْ، فلَمَّا صحَّتْ؛ بقِيَتِ المرأةُ منكوحةً له كما كانت، ولَمْ يكُنْ للطلاقِ أثرٌ في الإبانةِ[4]، ولهذا كان الأوَّلُ أحقَّ بها إذا لَمْ يدْخُلْ بها الثاني بالإجماعِ.

وأمَّا تفسيرُ المرأةِ المَنْعِيُّ إليها زَوْجُها: فهو ما رُوِيَ عن إبراهيمَ عن عَلِيٍّ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْه - أنه قال - [٤/٦٣ و/م] في المرأةِ يُنْعَىٰ إليها زوْجُها، فتَتَزَوَّجُ، ثم

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«غ»، و«ك».

(٢) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ١٨٩٠٩]، وعبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/ ١٠٩٨٠]، وسعيد بن منصور في «سننه» [٣١١/١]، ومحمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣٥١/٩/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن إبراهيم النخعي رحمه الله به.

(٣) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ١٨٩٠٥]، وأبو يوسف في «الآثار» [ص/ ١٢٨]. ومحمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣٥١/٩ - ٣٥٢/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن عَلِيّ رضي الله عنه به.

(٤) وقع بالأصل: «الإنابة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

. . . .

يَقْدَمُ ـ: «إِنَّهَا تُرَدُّ إِلَىٰ زَوْجِهَا الْأَوَّلِ، وَيُفَرَّقُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْآخَرِ، وَلَها الْمَهْرُ مِنْهُ بِما اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، وَلَا يَقْرَبُهَا زوجُها الْأَوَّلُ حَتَّىٰ تَنْقَضِيَ عِدَّتُهَا مِنَ الْآخَرِ»[1].

وقال عُمرُ - رَضِيَ اللهُ تعالى عنه - **فيها**: «إِنَّ زَوْجَهَا الْأَوَّلَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَخَذَ مَهْرَهَا وَتَرَكَهَا عِنْدَ هَذَا، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ امْرَأَتَهُ»[2].

والجوابُ عن قياسِ مالكٍ فنَقُولُ: لَا نُسَلِّمُ أن امرأةَ المَفْقُودِ تُشْبِهُ امرأةَ المُولِي وامرأةَ العِنِّينِ، وهذا لأن الإيلاءَ كان طلاقًا مُعجَّلًا في الابتداءِ، ثم صار طلاقًا مُؤَجَّلًا، والطلاقُ مُزِيلٌ لمِلْكِ النكاحِ، وليس كذلك امرأةُ المفقودِ؛ لأنه لَمْ يَكُنْ مِن الزوجِ طلاقٌ أصلًا، لا طلاقٌ مُعَجَّلٌ ولا مُؤَجَّلٌ.

وفي بابِ العُنَّةِ: ثبَتَ حقُّ الفرْقةِ لفَوَاتِ حقِّ المرأةِ في الجماعِ علىٰ التأبيدِ؛ لأن أمْرَ العُنَّةِ مُترددٌ بينَ أن يَكُونَ خِلْقةً، وبينَ أن يَكُونَ عارضًا، فجعَل الشرعُ العِلْمَ الفاصلَ بينَهُما مُضِيَّ سَنَةٍ؛ لاشتمالِها علىٰ الفصولِ الأربعةِ المشتمِلَةِ علىٰ الطبائعِ، فإذا مضَتْ سَنَةٌ ولَمْ تَزَلِ العُنَّةُ؛ عُلِمَ أنها كانت خِلْقةً، وما كان خِلْقةً لا يَزُولُ أبدًا، وهو الظاهرُ أو لا يَزُولُ غالبًا.

بخلافِ امرأةِ المفْقُودِ، فإن حقَّها في الجِماعِ لَمْ يَفُتْ بالتأبيدِ؛ لأنه يُرْجَىٰ مَجِيئُه بعدَ أربعِ سنينَ، كما قَبْلَ[3] ذلك، ففسَد القياسُ، هذا حاصلُ ما ذكَره خُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**».

---

(١) أخرجه: أبو يوسف في «الآثار» [ص/ ١٣١]. ومحمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٣٥٢/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. مِن طريق إبراهيم النخعي عن عَلِيّ رضي الله عنه به.

(٢) أخرجه: أبو يوسف في «الآثار» [ص/ ١٣٢]. ومحمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٣٥٢/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. مِن طريق إبراهيم النخعي عن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه به.

(٣) وقع بالأصل: «كما قل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَقَالَ مَالِكٌ رحمه الله: إِذَا مَضَىٰ أَرْبَعُ سِنِينَ يُفَرِّقُ الْقَاضِي بَيْنَهُ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ، وَتَعْتَدُّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ، ثُمَّ تَتَزَوَّجُ مَنْ شَاءَتْ؛ لِأَنَّ عُمَرَ رضي الله عنه هَكَذَا قَضَىٰ فِي الَّذِي اسْتَهْوَاهُ الْجِنُّ بِالْمَدِينَةِ، وَكَفَىٰ بِهِ إِمَامًا، وَلِأَنَّهُ مَنَعَ حَقَّهَا بِالْغَيْبَةِ فَيُفَرِّقُ الْقَاضِي بَيْنَهُمَا بَعْدَ مُضِيِّ مُدَّةٍ اعْتِبَارًا بِالْإِيلَاءِ وَالْعُنَّةِ، وَبَعْدَ هَذَا الِاعْتِبَارِ أَخَذَ الْمِقْدَارَ مِنْهُمَا الْأَرْبَعَ مِنَ الْإِيلَاءِ وَالسِّنِينَ مِنَ الْعُنَّةِ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ.

وَلَنَا: قَوْلُهُ عليه السلام فِي امْرَأَةِ الْمَفْقُودِ: «إِنَّهَا امْرَأَتُهُ حَتَّىٰ يَأْتِيَهَا الْبَيَانُ». **وَقَوْلُ عَلِيٍّ** رضي الله عنه فِيهَا: هِيَ امْرَأَةٌ ابْتُلِيَتْ فَلْتَصْبِرْ حَتَّىٰ يَسْتَبِينَ مَوْتٌ أَوْ طَلَاقٌ خَرَجَ بَيَانًا لِلْبَيَانِ الْمَذْكُورِ فِي الْحَدِيثِ الْمَرْفُوعِ؛ وَلِأَنَّ النِّكَاحَ عُرِفَ ثُبُوتُهُ، وَالْغَيْبَةُ لَا

غاية البيان

قال في «المغرب»: «الكَنَفُ ـ بفتحَتَيْن ـ الناحيةُ، وبه كُنِّيَ أبو كَنَفٍ الذي طَلَّق امرأته وغاب»[1].

قولُه: (**اسْتَهْوَاهُ**)، أي: ذهَب به، يُقَالُ: استهواه؛ أي: جَرَّه إلىٰ المهاوِي، وهي المسَاقِطُ والمَهالِكُ.

قولُه: (**اعْتِبَارًا بِالْإِيلَاءِ وَالْعُنَّةِ**)، مَرَّ بيانُ ذلك عند ذِكرِ دليلِ مالكٍ.

قولُه: (**أَخَذَ الْمِقْدَارَ**)، أي: أخذَ مالكٌ المقدارَ (**مِنْهُمَا**)، أي [٢/١٩و]: مِن الإيلاءِ والعُنَّةِ.

قولُه: (**وَقَوْلُ عَلِيٍّ** ـ رَضِيَ اللهُ تعالى عَنه ـ)، مبتدأٌ خبَرُه قولُه: (**خَرَجَ**).

قولُه: (**لِلْبَيَانِ الْمَذْكُورِ**)، أراد به: قولَه عليه السلام: «**حَتَّىٰ يَأْتِيَهَا الْبَيَانُ**»[2].

قولُه: (**فِي الْحَدِيثِ الْمَرْفُوعِ**)، أي: المرفوعُ إلىٰ النبيِّ ﷺ.

---

(١) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٢/٢٣٤].

(٢) مضىٰ تخريجه قريبًا.

تُوجِبُ الْفُرْقَةُ، وَالْمَوْتُ فِي حَيِّزِ الِاحْتِمَالِ، فَلَا يَزَالُ النِّكَاحُ بِالشَّكِّ، وَعُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رَجَعَ إِلَىٰ قَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، وَلَا مُعْتَبَرَ بِالْإِيلَاءِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ طَلَاقًا مُعَجَّلًا فَاعْتُبِرَ فِي الشَّرْعِ مُؤَجَّلًا؛ فَكَانَ مُوجِبًا لِلْفُرْقَةِ وَلَا بِالْعُنَّةِ؛ لِأَنَّ الْغُرْبَةَ[1] تَعْقُبُ الْأَوْبَةَ وَالْعُنَّةُ قَلَّمَا تَنْحَلُّ بَعْدَ اسْتِمْرَارِهَا سَنَةً.

قَالَ: وَإِذَا تَمَّ لَهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ.

غاية البيان

قولُه: (بَعْدَ اسْتِمْرَارِهَا سَنَةً)، أي: بعدَ استحكامِها.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا تَمَّ لَهُ مِائَةٌ وَعِشْرُونَ[2] سَنَةً مِنْ يَوْمِ وُلِدَ حَكَمْنَا بِمَوْتِهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تعالَىٰ في «**مختصره**»[3].

[٤/٤٦٣ظ/م] **اعلم:** أن المَفْقُودَ إذا مضىٰ له مُدَّةٌ لا يَعِيشُ أكثرَ منها يُحْكَمُ بموتِه، ويَجِبُ علىٰ امرأتِه عِدَّةُ الوفاةِ، ويُقْسَمُ مالُه بينَ ورثَتِهِ الموجودِين حينئذٍ، ولكن في تلك المُدَّةِ اختلافُ الرواياتِ:

ففي ظاهرِ الروايةِ: مقدَّرةٌ بموتِ الأقرانِ، كذا اعتبر محمدٌ في «**الأصل**»[4]، ولَمْ يذْكُرْ محمَّدٌ أنه يُعْتَبرُ موتُ أقرانِه مِن أهلِ بلدِه أو مِن جميعِ البُلْدَانِ.

قال خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «قال بعضُهم: يُعْتَبرُ أقرانُه في السِّنِّ مِن جميعِ البُلدانِ؛ [لأنه ذكَر الأقرانَ مُطْلَقًا، فيَتَنَاوَلُ أقرانَه في السِّنِّ مِن جميعِ البُلْدَانِ][5]، لا مِن بلدةٍ خاصَّةٍ.

---

(١) فِي حاشية الْأَصْل: «خ: الغيبة».

(٢) وقع بالأصل: «وعشرين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٨].

(٤) ولفظُه هناك: «وإذا بلَغ المفقودُ مِن السنين ما لا يعيش مِثْلُه في مِثْل سِنِّه؛ جعلتهُ ميتًا». ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٣٥٧/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٥) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

....

وقال بعضُهم: يُعْتَبرُ أقرانُه في السِّنِّ مِن أهلِ بلدِه؛ لأن الأعمارَ مما تتفاوتُ وتختلِفُ باختلافِ الأقاليمِ والبُلْدَانِ، حتى قالُوا: الصَّقالِبةُ أطْوَلُ أعمارًا مِن أهلِ الرُّومِ، فإنْ كانتِ الأعمارُ مما يَتَفَاوَتُ بتَفاوُتِ الأماكنِ؛ يُعْتَبرُ أقرانُه في السِّنِّ مِن أهلِ بلدِه لا مِن جميعِ البُلْدَانِ».

ثم قال **خُوَاهَرْ زَادَه**: «وهذا القولُ أصحُّ وأرفَقُ بالناسِ؛ لأنَّ التفحُّصَ عن أقرانِه مِن جميعِ البُلْدَانِ إمَّا أنْ يُقَالَ: غيرُ مُمْكِنٍ، أو بعْدَ حَرَجٍ عظيمٍ، والذي ذكَره القُدُورِيُّ مِن تقديرِ المُدَّةِ بمئةٍ وعشرين سَنَةً: هو روايةُ الحسنِ عن أبي حَنِيفَةَ. وفي روايةٍ عن أبي يوسفَ: أنها مئةُ سَنَةٍ، كذا في «**الشامل**» و«**شرح الطَّحاويِّ**»[١].

وفي روايةٍ عنه: مئةٌ وخمسُ سنينَ، كذا ذَكَر الإمامُ سِرَاجُ الدينِ[٢] في «**فرائضه**»[٣].

[و][٤] عن **نُصَيْرِ بنِ يَحْيَى**: أنها مئةُ سَنَةٍ؛ لأن أعمارَ أهلِ زمانِنا قَصُرَتْ، فغايةُ ما يَنْتَهِي إليه عُمْرُ الإنسانِ مئةُ سَنَةٍ، والحياةُ بعدَها نادرةٌ، ولا عِبْرةَ بالنادرِ، وَرُوِيَ أنه[٥] عاش مئةً وتِسْعَ سنين أو أكثرَ ولم يَرْجِعْ عن قوْلِه»، كذا قال خُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**».

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٣٥٨].

(٢) **سِرَاجُ الدين**: هو محمد بن محمد بن عبد الرشيد ابن طيفور، سِرَاج الدين أبو طاهر السَّجَاوَنْدِيُّ، العلَّامة الفقيه الفَرَضِيُّ الحنفي. صاحب: «مختصر الفرائض» المشهور بـ: «متن السِّرَاجِية». وَله شرْح على هذا المختصر. (توفي نحو سنة: ٦٠٠ هـ). ينظر: «الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [١١٩/٢]. و«تاج التراجم» لابن قُطْلُوبُغا [ص/ ٢٤٥].

(٣) ينظر: «السراجية في الفرائض» للسِّرَاج السَّجَاوَنْدِيّ [ص/ ٢٤].

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) **يعني**: نُصَيْر بن يحيى.

....

وَرُوِيَ عن الشيخِ الإمامِ أبي بكرٍ محمدِ بنِ حامدٍ(١): أنها تِسْعُونَ سَنَةً؛ لأنه الغالبُ في أعمارِ زمانِنا.

قال الصدرُ الشهيدُ: وعليه الفتوى. كذا ذكَر في «خلاصة الفتاوى».

وقال المتأخِّرون مِن مشايخنا: إنها ستُّون سَنَةً؛ رِفقًا بالناسِ، ونَفْيًا للحَرَجِ عنهم، لأنَّ في التفحُّصِ عن حالِ الأقرانِ أنهم ماتُوا أمْ لا: حرَجًا(٢).

قال خُوَاهَرْ زَادَه: ما قاله محمدٌ أقْيَس، لأن مُضِيَّ ما قالُوا مِن المُدَّةِ إنْ دَلَّ على موتِه فبَقاءُ مَن بقِيَ مِن أقرانِه بعدَ مُضِيِّ هذه المُدَّةِ يَدُلُّ على حياتِه، فيَقَعُ التعارُضُ [بينَ دليلِ الحياةِ وبينَ](٣) [٤/٤٦٤م] دليلِ الموتِ بالشكِّ، ومتى اعتبَرْنا موتَه بمَوْتِ أقرانِه فإنما يَثْبُتُ موتُه بدليلٍ لا تعارُضَ فيه، فكان ما قاله أحْوَطَ وأقْيَسَ، إلا أن فيه ضَرْبَ حرَجٍ مِن التفَحُّصِ عن الأقرانِ، وما اعتبره المشايخُ بعْدَه(٤) أرْفَقَ بالناسِ.

---

(١) **محمد بن حامد**: هو محمد بن حامد بن عَلِيّ أبو بكر البخارِيّ الحنفِيّ، قال الحاكمُ في «تاريخ نيسابور»: «إمامُ أصحاب أبي حنيفة ببُخارَىٰ، وأعلمهم في المناظَرة والجَدل، وأزهدهم في الدنيا، قَدِم نيسابور حاجًّا سنة ستين وثلاث مائة، ومات (سنة: ٣٨٣ هـ) ببخارَىٰ، وأُغْلِقَت الحوانيت ثلاثةَ أيام. ينظر: «الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [٣٩/١، ٤٠]، و«تاريخ الإسلام» للذهبي [٦٧/٧].

(٢) قال العلامة ابن الهمام في «فتح القدير» [١٤٣/٦]: والحاصل أن الاختلاف ما جاء إلا من اختلاف الرأي في أن الغالب هذا في الطول أو مطلقًا اهـ.
قال السرخسي في المبسوط [٣٦/١١]: «فالأليق بطريق الفقه أن لا يقدَّر بشيء؛ لأن نصب المقادير بالرأي لا يكون ولا نص فيه، ولكن نقول إذا لم يبق من أقرانه يحكم بموته؛ اعتبارًا لحاله بحال نظائره». وينظر: «الفتاوىٰ التاتارخانية» [٤١٨/٥، ٤١٩]، «البحر الرائق» [١٧٧/٥، ١٧٨]، «الفتاوىٰ الهندية» [٣١٨/٢]، «حاشية ابن عابدين» [٣١٧/٤].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) وقع بالأصل: «بعدما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

قَالَ رحمه الله: وَهَذِهِ رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَفِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ يُقَدَّرُ بِمَوْتِ الْأَقْرَانِ، وَفِي الْمَرْوِيِّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله بِمِائَةِ سَنَةٍ، وَقَدَّرَ بَعْضُهُمْ بِتِسْعِينَ، وَالْأَقْيَسُ أَلَّا يُقَدَّرَ بِشَيْءٍ وَالْأَرْفَقُ أَنْ يُقَدَّرَ بِتِسْعِينَ، ......

غاية البيان

وجهُ روايةِ الحَسَنِ: أن الأعمارَ في زمانِنا قد قَصُرَتْ، فنهايةُ ما تَنْتَهِي إليه الأعمارُ في الغالبِ مئةٌ وعشرون سَنَةً، والحياةُ بعدَ ذلك نادرٌ لا يُعْتَدُّ به.

وقال في «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيِّ»: «قال بعضُهم: هو مُفَوَّضٌ إلىٰ رأْيِ القاضي»[1].

يعني: أيَّ[2] وقْتٍ رأىٰ المصلحةَ حَكَمَ بموتِه.

قولُه: (وَالْأَقْيَسُ أَلَّا يُقَدَّرَ بِشَيْءٍ)[3] [٢/١٩ظ]، مِن المقاديرِ المذكورةِ، كالمئةِ والتسعين ونحوِ ذلك، بل يُعْتَبرُ بموتِ الأقرانِ؛ لأن حياةَ الإنسانِ بعدَ موتِ جميعِ أقرانِه نادرٌ، ولا عِبْرَةَ بالنادرِ، فكان موتُ أقرانِه دليلًا علىٰ موتِه مِن حيثُ الظاهرِ، لأنَّ الظاهرَ ألَّا يَعِيشَ بعدَ ذلك، وكان ثبوتُ موتِه بموتِ أقرانِه بدلالةِ الظاهرِ؛ كالثابتِ[4] مُعايَنةً أو بِالْبَيِّنَةِ[5]، فيُجْرَىٰ عليه حُكْمُ الأمواتِ بعدَ ذلك.

قيل: الأقْيَسُ في تفضيلِ المَقِيسِ كالأشْهَرِ في تفضيلِ المشهورِ؛ ومنه المَثَل: «أشْهَرُ مِن الشَّمْسِ»[6].

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٢/٣٨٧].

(٢) وقع بالأصل: «يعني أن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) قال ابن عابدين في حاشيته نقلاً عن «البحر الرائق» (٤/٣١٩ - ٣٢٠): «قال في البحر: والعجب كيف يختارون خلاف ظاهر المذهب مع أنه واجب الاتباع علىٰ مقلد أبي حنيفة. وأجاب في النهر بأن التفحص عن موت الأقران غير ممكن أو فيه حرج، فعن هذا اختاروا تقديره بالسن. اهـ.

(٤) وقع بالأصل: «كالثابتة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) وقع بالأصل: «معاضة وبالبينة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٦) ينظر: «جمهرة الأمثال» للميداني [٢/٥٣٨].

وَإِذَا حُكِمَ بِمَوْتِهِ؛ اعْتَدَّتِ امْرَأَتُهُ عِدَّةَ الوَفَاةِ مِنْ ذَلِكَ الوَقْتِ، وَقُسِّمَ مَالُهُ بَيْنَ وَرَثَتِهِ الْمَوْجُودِينَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ كَأَنَّهُ مَاتَ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ مُعَايَنَةً، إِذِ الْحُكْمِيُّ مُعْتَبَرٌ بِالْحَقِيقِيِّ، وَمَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُحْكَمْ بِمَوْتِهِ فِيهَا فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَتْ حَيَاتُهُ مَعْلُومَةً. وَلَا يَرِثُ الْمَفْقُودُ أَحَدًا مَاتَ فِي حَالِ فَقْدِهِ؛ لِأَنَّ بَقَاءَهُ حَيًّا فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ بِاسْتِصْحَابِ الْحَالِ، وَهُوَ لَا يَصْلُحُ

غاية البيان

قولُه: (وَإِذَا حُكِمَ بِمَوْتِهِ؛ اعْتَدَّتِ امْرَأَتُهُ عِدَّةَ الوَفَاةِ مِنْ ذَلِكَ الوَقْتِ)، **أي:** مِن وَقْتِ الحُكْمِ بالموتِ، وذلك لأنَّ الموتَ الحُكْمِيَّ يُعْتَبَرُ بالموتِ الحقيقيِّ، فلو ثبَتَ موتُ المَفْقُودِ حقيقةً تَعْتَدُّ امرأتُه، ويُقْسَمُ مالُه بينَ ورثتِه الموجودين وَقْتَ الحُكْمِ بالموتِ، فكذا بالموتِ الذي حُكِمَ به بموتِ الأقرانِ، أو بمئةٍ[1] وعشرين سنةً، ونحوِ ذلك.

قولُه: (وَمَنْ مَاتَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَرِثْ مِنْهُ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى في «**مختصره**»[2]، **أي:** مَن مات مِن وَرَثَةِ المَفْقُودِ قبْلَ الحُكْمِ بموتِ المَفْقُودِ؛ لَمْ يَرِثْ مِن المَفْقُودِ، وذلك لأن المَفْقُودَ قبلَ الحُكْمِ بموتِه حَيٌّ في مالِه، ولا إرْثَ لأحدٍ مِن الحَيِّ، [وهو حَيٌّ][3] حُكْمًا، فصار كالحَيِّ حقيقةً.

قولُه: (وَلَا يَرِثُ الْمَفْقُودُ أَحَدًا مَاتَ فِي حَالِ فَقْدِهِ)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى في «**مختصره**»[4]، وهذا لأن المَفْقُودَ ميِّتٌ في مالِ غيرِه؛ لأنَّ اعتبارَه حَيًّا في حالِ فَقْدِه باستصحابِ الحالِ، وهو عبارةٌ عن إبقاءِ ما كان على ما كان لعدمِ الدليلِ المُزِيلِ، فيَصِحُّ الاستصحابُ حُجَّةً للدفعِ لا للاستحقاقِ، فلِهَذا اعْتُبِرَ

(١) وقع بالأصل: «وبمئة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٨].
(٣) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٤) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٣٨].

حُجَّةً فِي الِاسْتِحْقَاقِ. وَكَذَلِكَ [٢٣٧/ظ] لَوْ أَوْصَىٰ لِلْمَفْقُودِ وَمَاتَ الْمُوصِي،

غاية البيان

حَيًّا في مالِه [٤/٤٦٤ظ/م]، ميِّتًا في مالِ غيرِه حتَّىٰ لَمْ يَرِثْ أحدٌ مِن المَفْقُودِ [في حالِ فَقْدِه، ولَمْ يَرِثِ المَفْقُودُ][١] مِن أحدٍ، بل يُوقَفُ نصيبُه مِن مالِ مُورِّثه، فإذا مضَتِ المُدَّةُ أو عُلِمَ موتُه؛ يُرَدُّ الموقوفُ لأجْلِه إلىٰ وَارِثِ مُورِّثه الذي وُقِف مِن مالِه، ولأن المَفْقُودَ[٢] لم يُعْلَمْ وجوبُ حقِّ الغيرِ في مالِه إلىٰ هذه المُدَّةِ؛ لعدمِ التحقُّقِ بموتِه، ولَمْ يُعْلَمْ وجوبُ استحقاقِه في مالِ غيرِه لعدمِ التحقُّقِ بحياتِه، فأمْسَكْنا عن الإيجابِ بلا عِلْمٍ، وترَكْنا كلَّ واحدٍ مِن المالَيْن لأهْلِه كما في مِيرَاثِ الغَرْقَىٰ والهَدْمَىٰ.

قولُه: (وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَىٰ لِلْمَفْقُودِ وَمَاتَ الْمُوصِي)، **أي:** لا يُقْضَىٰ للمَفْقُودِ بالوصيةِ إذا مات المُوصِي[٣] في حالِ فَقْدِه، بل تَكُونُ الوصيَّةُ موقوفةً كالميراثِ إلىٰ أن يَظْهَرَ حالُه، وهذه مِن مسائلِ «**المبسوط**»[٤] ذكرَها تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ.

قال محمدُ بنُ الحسنِ في «**الأصلِ**»: «ولو أوصىٰ رجلٌ للمَفْقُودِ بوصيةٍ لم أَقْضِ له بها، ولَمْ أُبْطِلْها»[٥].

وعلَّل خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه» وقال: «لأن الوصيَّةَ أُخْتُ المِيرَاثِ، وفي المِيرَاثِ يُحْبَسُ حِصَّةُ المَفْقُودِ علىٰ المَفْقُودِ إلىٰ أن يَظْهَرَ حالُه، فكذا هذا».

قال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «فالحاصلُ أنه يُوقَفُ نصيبُ المَفْقُودِ إلىٰ أنْ يُقْضَىٰ بموتِه، فإذا قُضِيَ بموته جُعِلَ في مالِه كأنْ مات الآنَ، وفي مالِ غيرِه واستحقاقِه كأنه

---

(١) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «الموقوف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «الوصي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤/٣٦٠/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٥) المصدر السابق.

ثُمَّ الْأَصْلُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مَعَ الْمَفْقُودِ أَصْلٌ وَارِثٌ ؛ لَا يُحْجَبُ بِهِ ، وَلَكِنَّهُ يَنْتَقِصُ حَقُّهُ بِهِ ، فَيُعْطَىٰ أَقَلَّ النَّصِيبَيْنِ ، وَيُوقَفُ الْبَاقِي ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ يُحْجَبُ بِهِ ؛ لَا يُعْطَىٰ أصلًا .

غاية البيان

مات حين فُقِدَ ، هذا تفسيرُ [ما قال][1] محمدٌ رَحِمَهُ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ»[2] .

يعني به قولَه: «إن المَفْقُودَ حَيٌّ في مالِه ، ميّتٌ في مالِ غيرِه» .

قوله: (ثُمَّ الْأَصْلُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مَعَ الْمَفْقُودِ [أَصْلٌ][3] وَارِثٌ ؛ لَا يُحْجَبُ بِهِ ، وَلَكِنَّهُ يَنْتَقِصُ حَقُّهُ بِهِ ، فَيُعْطَىٰ أَقَلَّ النَّصِيبَيْنِ ، وَيُوقَفُ[4] الْبَاقِي ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ يُحْجَبُ بِهِ ؛ لَا يُعْطَىٰ أصلًا[5]) ، أي: الأصلُ في مسألةِ المفقودِ[6] أنه لو كان مع المَفْقُودِ وَارِثٌ ؛ لا يَكُونُ محرومًا عن المِيرَاثِ بسببِ[7] [٢/٢٠و] المَفْقُودِ ، لكن يَنْتَقِصُ حقُّ ذلك الوَارِثِ بالمفقودِ ، يُعْطَىٰ الوَارِثُ أقلَّ النصيبَيْن ، ويُوقَفُ الباقي إلىٰ أنْ يَظْهَرَ حالُ المَفْقُودِ .

وإنْ كان الوَارِثُ وارِثًا ؛ يُحْجَبُ بالمفقودِ حَجْبَ الحِرْمانِ ، لا يُعْطَىٰ الوَارِثُ شيئًا ، كما في مسألةِ «**الهداية**» أعني: في رجلٍ مات وترَك ابنتَيْن ، وابنًا مفقودًا ، وابنَ ابنٍ ، [وبنتَ ابنٍ][8] ، تُعْطَىٰ الابنتانِ النصفَ ، والباقي يُوقَفُ ولا يُعْطَىٰ ولدُ

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» . وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوَىٰ الوَلْوَالِجيَّة» .

(٢) ينظر: «الفتاوَىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣٩١/٢] .

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن» .

(٤) وقع بالأصل: «فيوقف» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» .

(٥) في: «ن»: «به أصلًا» .

(٦) في: «ن»: «مسألة المبسوط» .

(٧) وقع بالأصل: «بنصيب» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» .

(٨) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» .

....

غاية البيان

الابنِ شيئًا، لأنَّ [ولدَ](١) الابنِ لا إِرْثَ له لو كان [الابنُ](٢) حيًّا، فلا يَرِثان بالشكِّ.

وجملةُ البيانِ هنا: ما قال شيخُ [٤/٤٦٥و/م] الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه».
وهي ما «إذا مات الرجلُ وتركَ ابنتَيْن، وابنَ ابنٍ، وبنتَ ابنٍ، وترَكَ ابنًا مفقودًا، وترَكَ مالًا في يدِ الابنتَيْن، فقال ابنُ الابنِ وأختُه: [أبُونا](٣) مَفْقُودٌ، وأقرَّ بذلك الابنتان، واختَصَمُوا إلى القاضي، فإن القاضيَ يَنْبَغِي له أنْ يُحَرِّكَ(٤) المالَ مِن موضعِه، ولا يَقِفُ منه شيئًا للمَفْقُودِ».

يُرِيدُ بقولِه: «لا يُحَرِّكُ المالَ مِن موضعِه»، **أي:** لا يَنْزِعُ القاضي شيئًا مما في يدِ الابنتَيْن، وذلك لأن النصفَ مما في أيديهما صار ميراثًا للابنتَيْن بموتِ أبيهما بيقينٍ؛ لأن الابنَ المَفْقُودَ إن كان حيًّا يَكُونُ المالُ بينَ الابنِ وبينَ البنتَيْن [أنصافًا](٥)، وإنْ كان ميِّتًا فللبنتان الثلثان، والباقي لولدِ الابنِ(٦)، فالنصفُ مِيرَاثُ الابنتَيْن بيقينٍ، فلا يُؤْخَذُ مِن أيديهما، والنصفُ الآخرُ يُوقَفُ على مَن كان في يدِه للمَفْقُودِ، فلهذا قال: «لا يُحَرِّكُ شيئًا مِن المالِ مِن موضِعِه».

وقولُه: «ولا يقِفُ منه شيئًا للمَفْقُودِ»، **أي:** لا يَجْعَلُ شيئًا مما في يدِ الابنتَيْن مِلْكًا للمَفْقُودِ على الحقيقةِ، بل يعْزِلُ النصفَ مِن ذلك ويحْبِسُه على المَفْقُودِ إلى

---

(١) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) كذا وقَع في سائر النُّسَخ! وسياقُ العبارة يقتضِي أن يكون الصواب: «ألَّا يُحَرِّك». كما سيُعِيد المؤلفُ العبارةَ بعد ذلك مرتيْن.

(٥) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٦) وقع بالأصل: «والباقي لولد الابن، وبين البنتَيْن أيضًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

....

أن يَظْهَرَ حالُه، فيَكُونُ موقوفًا علىٰ حُكْمِ مِلْكِ الميِّتِ إنْ ظهَر المَفْقودُ حيًّا؛ يُدْفَعُ إليه، وإنْ ظهَر ميِّتًا؛ فالسدسُ يُضَمُّ إلىٰ نصيبِ البنتَيْن؛ لِيَتِمَّ الثلثان، والباقي - وهو الثلثُ - لولدِ الابنِ.

قال[1]: «ولو كانت الابنتان قالَتَا: قد مات أخُونا وليس بمفقودٍ، [وقال ابنُ الابنِ وابنةُ الابنِ: بل هو مَفْقُودٌ][2]، فالجوابُ كذلك في أصلِ الوقفِ لا في تقديرِ الموقوفِ، لأنَّ في المسألةِ الأُولَىٰ يُوقَفُ النصفُ؛ لأن البنتيْن تَدَّعِيَان النصفَ، فيَكُونُ النصفُ الآخرُ موقوفًا، وفي هذه المسألةِ تدَّعِيَان الثلثيْن والمالُ في أيديهما، فيُقْضَىٰ بالثلثَيْن لهما، والثلثُ الآخَرُ يُوقَفُ إلىٰ أن يَظْهَرَ حالُ المَفْقُودِ».

قال: «ولو كان مِيرَاثُ الجَدِّ في يَدَيْ ولدِ الابنِ المَفْقُودِ، فطلبَتِ الابنتان ميراثَهما، واتَّفَقُوا أن الابنَ مَفْقُودٌ؛ تُعْطَىٰ البنتان النصفَ؛ لأنهما تَدَّعِيَان نصفَ ما في [يَدَيْ][2] ولدِ ابنِ المَفْقُودِ، وصَدَّقَهُما ذو اليدِ في ذلك فتُعْطَيانِ النصفَ، ويُوقَفُ النصفُ الآخرُ علىٰ حُكْمِ مِلْكِ الميِّتِ إلىٰ أن يَظْهَرَ حالُ المَفْقُودِ».

قال: «ولو كان مالُ الميِّتِ في يدِ [٤/٤٦٥ظ/م] رجُلٍ أجنبيٍّ، فقالت ابنتا الميتِ: مات أخُونا قبْلَ الأبِ، وقال ولدُ الابنِ: هو مَفْقُودٌ، فإنْ أقَرَّ الذي في يدَيْه المالُ بالمِلْكِ للميِّتِ، وبأنَّ الابنَ مَفْقُودٌ؛ تُعْطَىٰ الابنتان النصفَ؛ لأنه يقينٌ.

ولو قال الذي في يدَيْه المالُ: [مات المَفْقُودُ قبْلَ أبيه، وجَحَد ذلك ولدُ المَفْقُودِ، فإن الذي في يدِه المالُ][2] يُجْبَرُ علىٰ دَفْعِ الثلثيْن إلىٰ بنتَيِّ الميِّتِ؛ لأنهما تَدَّعِيان الثلثَيْن، وذو اليدِ صَدَّقَهُما بإقرارِه بموتِ المَفْقُودِ، ويُوقَفُ الثلثُ علىٰ يدِه حتىٰ يَظْهَرَ حالُ المَفْقُودِ؛ لأن ذا اليدِ يُقَرُّ لولدِ الابنِ بالثلثِ، وهم لا

---

(١) **يعني**: خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله.

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

....

يدَّعُون ذلك لأنفسِهِم».

قال: «ولو كان الذي في [٢/٢٠ظ] يديهِ المالُ جحَدَ وأنكَر أن يَكُونَ المالُ لهذا الميِّتِ، فأقامَتْ ابنتَا الميِّتِ [البَيِّنَةَ][1] أن أباهم مات وتَرَك هذا المالَ ميراثًا لهما ولأخيهِما المَفْقُودِ؛ فإنه تُقْبَلُ بيِّنَتُهُما، ويُدْفَعُ إليهما النصفُ.

أمَّا قَبُولُ البَيِّنَةِ: فلأنَّ أحدَ الوَرَثَةِ ينتَصِبُ خصْمًا عن الباقين فيما لهم وعليهم.

فأمَّا دَفْعُ النصفِ: فلأنه يقينٌ، وما زاد عليه إلىٰ الثلثَيْن ففيه شكٌّ، فلا يَثْبُتُ، ثم يُنْزَعُ النصفُ الآخرُ مِن يَدَيْ ذي اليدِ، ويُوقَفُ علىٰ يدِ عدْلٍ، لأنه لَمَّا جَحَدَ ظهَرَتْ خيانتُه[2]، فلا يُتْرَكُ مالُ الغيرِ في يدِ الخائنِ، بخلافِ ما إذا كان ذو اليدِ مُقِرًّا، حيثُ يُتْرَكُ في يَدِهِ إلىٰ أن يَظْهَرَ حالُ المَفْقُودِ؛ لأنه لَمْ تَظْهَرْ خيانتُهُ[3]».

قال: «ولو ادَّعىٰ ولدُ المَفْقُودِ [أن المَفْقُودَ][4] قد مات بعدَ شهادةِ الشُّهُودِ؛ لم أدْفَعْ إليهم شيئًا حتَّىٰ تَقُومَ البَيِّنَةُ علىٰ موتِه قبْلَ أبيه وبعْدَه؛ لأنهم ادَّعَوا إزالةَ يدِ ذي اليدِ، فلا يُصَدَّقُون بلا بَيِّنَةٍ، فإنْ أقامُوا البَيِّنَةَ أنه مات قَبْلَ موتِه؛ يُعْطَىٰ لهم الثلثُ والثلثان للابنتَيْن، وإنْ أقامُوا البَيِّنَةَ أنه مات بعدَ موتِه؛ يُعْطَىٰ لهم النصفُ؛ لأن النصفَ صار لأبيهما عن الجَدِّ، ثم انتقَل إليهما بالميراثِ».

قال: «ولا أُنْفِق عليهم مِن ذلك المالِ شيئًا ولو كانوا محتاجين، وذلك بعدَ نصيبِ البنتَيْن، لأن النصفَ الذي أوْقَفْناه ليس بمِلْكٍ لهم ولا لأبيهم، بل هو باقٍ علىٰ حُكْمِ مِلْكِ الجَدِّ، والجَدُّ ميِّتٌ، فلا يُمْكِنُ إيجابُ النفقةِ عليه».

---

(١) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «جنايته». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «حياته». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

بَيَانُهُ: رَجُلٌ مَاتَ عَنْ ابْنَتَيْنِ وَابْنٍ مَفْقُودٍ وَابْنِ ابْنٍ وَبِنْتِ ابْنٍ، وَالْمَالُ فِي يَدِ الْأَجْنَبِيِّ وَتَصَادَقُوا عَلَىٰ فَقْدِ الِابْنِ، وَطَلَبَتْ الِابْنَتَانِ الْمِيرَاثَ تُعْطَيَانِ النِّصْفَ؛ لِأَنَّهُ مُتَيَقَّنٌ بِهِ وَيُوقَفُ النِّصْفُ الْآخَرُ، وَلَا يُعْطَىٰ وَلَدُ الِابْنِ لِأَنَّهُمْ يُحْجَبُونَ بِالْمَفْقُودِ، وَلَوْ كَانَ حَيًّا فَلَا يَسْتَحِقُّونَ الْمِيرَاثَ بِالشَّكِّ.

وَلَا يُنْزَعُ مِنْ يَدِ الْأَجْنَبِيِّ إِلَّا إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ خِيَانَةٌ، وَنَظِيرُ هَذَا: الْحَمْلُ، فَإِنَّهُ يُوقَفُ لَهُ مِيرَاثُ ابْنٍ وَاحِدٍ، عَلَىٰ مَا عَلَيْهِ الْفَتْوَىٰ ....

غاية البيان

هذا حاصلُ ما قال [٤/٦٦٤و/م] شيخُ الإسلامِ رحمه الله في «مبسوطه»، والباقي يُعْلَمُ ثَمَّةَ إنْ شاء اللهُ تعالىٰ.

قولُه: (وَارِثٌ لَا يُحْجَبُ بِهِ)، **أي:** لا يُحْجَبُ الوَارثُ بالمفقودِ، والجملةُ صفةُ نكرةٍ، وأراد بالحَجْبِ: حَجْبَ الحرمان، أي: لا يُحْجَبُ حَجْبَ الحرمان؛ بدلالةِ قولِه: (وَلَكِنَّهُ يَنْتَقِصُ حَقُّهُ).

قولُه: (مَعَهُ)، أي: معَ المَفْقُودِ.

قولُه: (وَتَصَادَقُوا)، أي: تصادقَ الوَرَثَةُ والأجنبيُّ.

قولُه: (وَلَا يُنْزَعُ مِنْ يَدِ الْأَجْنَبِيِّ إِلَّا إِذَا ظَهَرَتْ مِنْهُ خِيَانَةٌ)، **أي:** لا يُنْزَعُ النصفُ الآخرُ مِن يدِه إلا إذا ظهرَتْ خيانتُه، كما إذا جَحَدَ كونَ المالِ للميِّتِ، مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (وَنَظِيرُ هَذَا: الْحَمْلُ، فَإِنَّهُ يُوقَفُ لَهُ مِيرَاثُ ابْنٍ وَاحِدٍ، عَلَىٰ مَا عَلَيْهِ الْفَتْوَىٰ)، **أي:** نظيرُ المَفْقُودِ: الحَمْلُ، يعني: كما يُوقَفُ للمَفْقُودِ يُوقَفُ للحَمْلِ، لكن يُوقَفُ له نصيبُ ابنٍ واحدٍ علىٰ ما عليه الفتوىٰ، وهذا احترازٌ عما رُوِيَ أنه يُوقَفُ له نصيبُ أكثرُ مِن [نصيبِ][1] واحدٍ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن».

....

غاية البيان

بيانُه: أنه يُوقَفُ للحَمْلِ نصيبُ أربعةِ بنِينَ إنْ كان نصيبُهم أكثرَ مِن نصيبِ البناتِ، كما إذا ترَكَ امرأةً حاملًا وعَمًّا، فهنا نصيبُ أربعةِ بنينَ أكثرُ، ويُعْطَىٰ لبقيَّةِ الورثةِ أقلَّ الأنصباءِ، ويُوقَفُ للحَمْلِ نصيبُ أربعِ بناتٍ إنْ كان نصيبُهُنَّ أكثرَ مِن نصيبِ البنتَيْن، كما إذا ترَكَ امرأةً حاملًا وأبوَيْن، فالمسألةُ مِن أربعةٍ وعشرينَ، والباقي مِن فُروضِ أصحابِ الفُروضِ ثلاثةَ عشرَ، فهي للبنتَيْن، فلو فُرِضَ الحَمْلُ أربعَ بناتٍ كان لهن ستَّةَ عشرَ مِن سبعةٍ وعشرين، فيُقَدَّرُ أربعُ بناتٍ.

وروَىٰ [ليثُ][(١)] **بنُ سعدٍ عن محمد** رَحِمَهُمَا اللَّهُ تَعَالَىٰ: أنه يُوقَف نصيبُ ثلاثة بَنِين.

وفي روايةِ هشامٍ عنه: نصيبُ ابنَيْن، وهي إحدىٰ الروايتَيْن عن أبي يوسفَ.

وروَىٰ الخَصَّافُ عن أبي يوسفَ: أنه يُوقَفُ نصيبُ ابنٍ واحدٍ، وعليه الفتوىٰ اليومَ لأصحابِ أبي حَنِيفَةَ -رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُم- كذا ذكَر الإمامُ سِراجُ الدينِ في «**فرائضه**»[(٢)] [و «**شَرحه**»[(٣)]][(٤)].

وقال في «**المختلف**»: «فإنْ مات وترَكَ ابنَيْن وأُمَّ ولدٍ حاملًا: روَىٰ[(٥)] ابنُ المبارَكِ عن [٢/٢١و] أبي حَنِيفَةَ: أنه يُوقَفُ نصيبُ أربعِ بنِينَ، ويُوقَفُ ثلثا مالِه، وبه أخَذ ابنُ المبارَكِ، والنخَعِيُّ، ومالكٌ، وشَرِيكٌ.

وقال أبو يوسفَ: يُوقَفُ نصيبُ ابنٍ واحدٍ، وهو ثُلُثُ المالِ.

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «السراجية في الفرائض» للسِّرَاج السَّجَاوَنْدِيّ [ص/ ٢١].

(٣) **يعني**: شرْح مختصره في الفرائض، واسمُه: «التحقيق». ولا يزال مخطوطًا. ينظر: «معجم التاريخ التراث الإسلامي في مكتبات العالم» [ص/ ٣١٣٨].

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) وقع بالأصل: «وروىٰ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي.

وَلَوْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ آخَرُ إِنْ كَانَ لَا يَسْقُطُ بِحَالٍ وَلَا يَتَغَيَّرُ بِالْحَمْلِ يُعْطَىٰ

وقال محمَّدٌ: يُوقَفُ نصيبُ ابنَيْنِ، وهو نصفُ المالِ[1].

له: أن ولادةَ [٤/٤٦٦ظ/م] ولدَيْن غالبٌ، كوِلادةِ الواحدِ.

ولأبي يوسفَ: أن الأغلبَ ولادةُ الواحدِ.

ولأبي حَنِيفَةَ: أن ولادةَ الأربعِ في بطْنٍ واحدٍ قد يَكُونُ.

قال شَريكٌ: رأيتُ بالكوفةِ لأبي إسماعيلَ أربعَ بنِينَ في بطْنٍ واحدٍ، فيَجِبُ اعتبارُه احتياطًا»[2]. إلىٰ هنا لفْظُ «**المختلف**».

قال الشيخُ أبو الفضلِ الكَرْمَانِيُّ في «فرائضه»: «قال ابنُ المبارَكِ: أعجبَنِي هذا القولُ حتىٰ رأيتُ مِن بني أبي إسماعيلَ أربعةً وُلِدُوا في بطْنٍ واحدٍ: محمداً، وعُمَرَ، وعليًّا، وإسماعيلَ».

قولُه: (وَلَوْ كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ آخَرُ) إلىٰ آخرِه، **أي:** لو كان معَ [الحَمْلِ][3] وَارِثٌ آخرُ، فلا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَكُونَ الوَارثُ لا يَسْقُطُ بالحَمْلِ ولا يتَغَيَّرُ به[4]؛ كالابنِ، والجَدَّةِ مثلًا، أو يَسْقُطُ به؛ كابنِ الابنِ، والأخِ والعَمِّ، أو لا يَسْقُطُ به لكن يتَغَيَّرُ[5] به؛ كالأُمِّ والزوجةِ.

ففي الأوَّلِ: يُعْطَىٰ الوَارثُ كلَّ نصيبِه، وفي الثاني: لا يُعْطَىٰ[6]، [وفي الثالثِ][7]: يُعْطَىٰ الأقلَّ لكونِه يقينًا كما في المَفْقُودِ، فإنه إذا مات وترَك ابنًا مفقودًا

---

(١) ينظر: «الاختيار» [٥/١١٤]، «تبيين الحقائق» [٦/٢٤١]، «البحر الرائق» [٨/٥٧٤].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٤/١٩٦٩].

(٣) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) وقع بالأصل: «ولا يعتريه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) وقع بالأصل: «يتعين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٦) وقع بالأصل: «لا يعطىٰ الثابت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٧) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

كُلَّ نَصِيبِهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَسْقُطُ بِالْحَمْلِ لَا يُعْطَى، وَإِنْ كَانَ مِمَّنْ يَتَغَيَّرُ بِهِ يُعْطَى الْأَقَلُّ لِلتَّيَقُّنِ بِهِ كَمَا فِي الْمَفْقُودِ، وَقَدْ شَرَحْنَاهُ فِي: «كِفَايَةِ الْمُنْتَهِي» بِأَتَمّ مِنْ هَذَا.

غاية البيان

وجَدَّةً معه أو أخًا أو أُمًّا؛ فللجَدَّةِ السدسُ، والباقي موقوفٌ؛ لأنَّ الجَدَّةَ لا تَسْقُطُ، ولا يَتَغَيَّرُ نصيبُها، ولا يُعْطَى الأخُ شيئًا؛ لأنه يسْقُطُ[1] بالابنِ، وتُعْطَى الأُمُّ السدسَ لكونِه يقينًا؛ لأنه أقلُّ مِن الثلثِ، لأن المَفْقُودَ [إنْ كان حيًّا استحقّتِ الأُمُّ السدسَ][2]، وإنْ كان ميّتًا استحَقَّتِ الثلثَ، فتُعْطَى السدسَ، والباقي يُوقَفُ إلى أنْ يَظْهَرَ حالُ المَفْقُودِ.

قولُه: (وَقَدْ شَرَحْنَاهُ فِي «كِفَايَةِ الْمُنْتَهِي» بِأَتَمَّ مِنْ هَذَا)، أي: شرَحْنا حُكْمَ مسألةِ المَفْقُودِ في الشرحِ الموسومِ بـ: «كفاية المنتَهِي» ببيانٍ أَتَمَّ مِن هذا البيانِ، ونحن قد استوفَيْنا بيانَ ذلك قبْلَ هذا ناقلًا مِن: «مبسوط شيخ الإسلام [خُوَاهَرْ زَادَه رحمه الله][3]».

واللهُ تعالى أعلمُ [بالصوابِ، وإليه المرجعُ والمآبُ].

نجز السفر الرابع من كتاب غاية البيان «غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان» بحمد الله وعونه وحسن توفيقه في شرح «الهداية» للإمام العلامة قوام الدين أبو حنيفة بن أمير كاتب بن عمر الفارابي الأتقاني روح الله روحه ونور ضريحه بمنه وكرمه، آمين.

ويتلوه في الجزء الخامس كتاب: «الشركة» إن شاء الله تعالى، غفر الله لكاتبه

---

(١) وقع بالأصل: «شيئًا لا يسقط». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

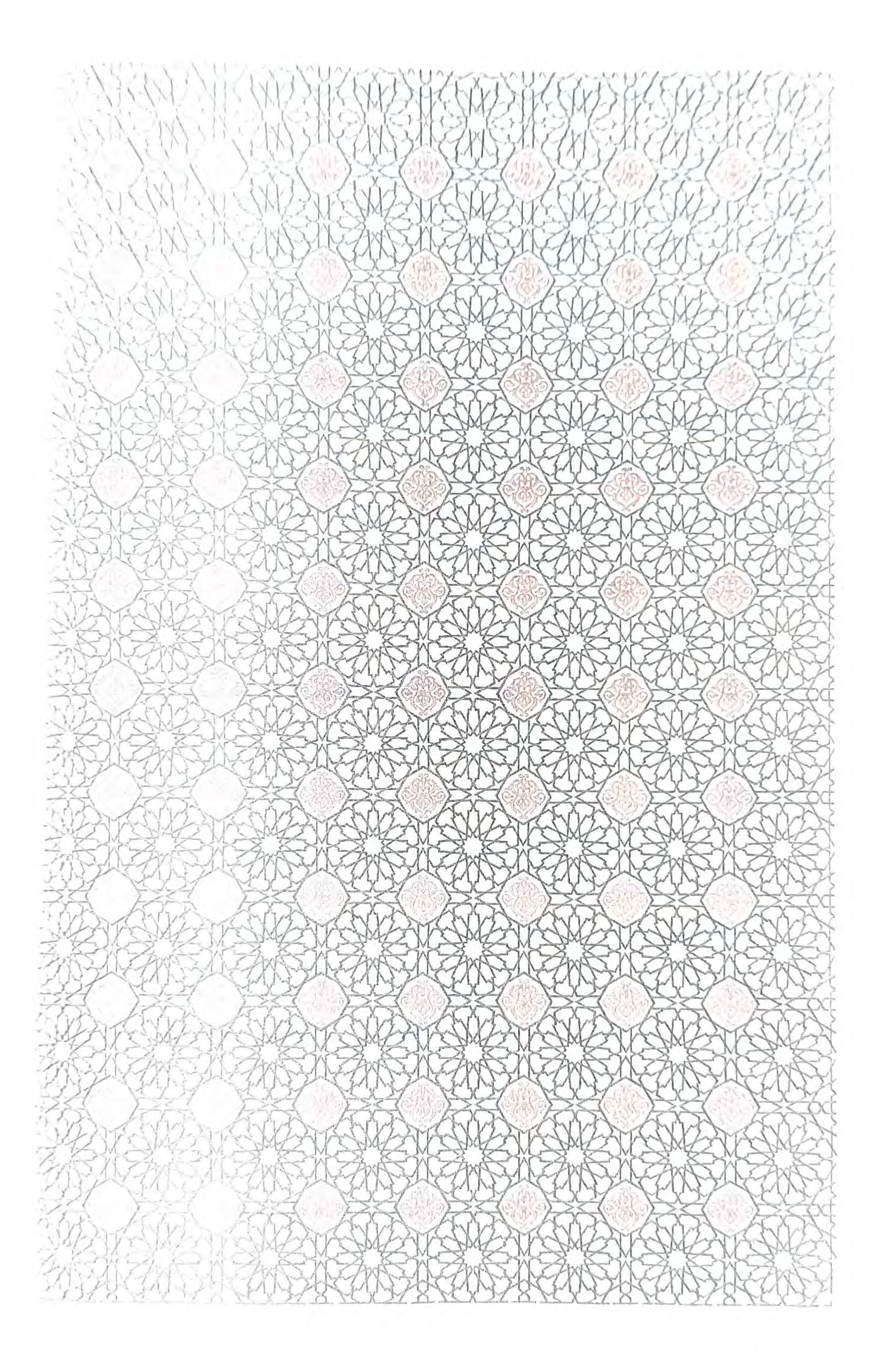
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م».

. . . .

ولناظره ولحامله ولمطالعه ولقارئه ولشاريه ولوالديه ولجميع من دعا لهم بالمغفرة ولكافة المسلمين آمين، أنت حسبنا ونعم الوكيل، والصلاة وأشرف التسليم على أفضل أول خلقك محمد وآله وصحبه أجمعين، آمين آمين آمين في سلخ شهر رجب المرجب من شهور سنة ٩٧٧هـ، أحسن الله عاقبتها في دولة السلطان سليم بن سليمان بن سليم شاه بن أبا يزيد خان إلى تاسع جد وأكثر، سدد الله أموره ورزقه العافية وأصلح له رعيته وأصلح له أعدائه بجاه محمد أشرف عبيدك وأكرمهم وختم له بالسعادة زاده وزاده آمين إنك قريب مجيب][1].

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «م».





[٥/١ظ/م]

[بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ
ربِّ يَسِّر][(١)]

كِتَابُ الشَّرِكَةِ

مناسَبةُ الشَّرِكَةِ بالمفقودِ: مِن حيثُ إن المالَ في يدِ الشريكِ أمانةٌ، كما أن نصيبَ المَفْقُودِ أمانةٌ في يدِ مَن كان المالُ في يدِه، وأيضًا: نصيبُ المَفْقُودِ مِن مالِ مُوَرِّثِه مختَلِطٌ بنصيبِ غيرِه؛ كاختلاطِ المالَيْن في الشَّرِكَةِ، فذُكِرَتْ عَقِيبَ المَفْقُودِ للتناسُبِ، لكن لَمَّا كان للمَفْقُودِ مناسبةٌ خاصةٌ بالإِبَاقِ، مِن حيثُ إنَّ المالَ على عَرَضِيَّةِ التَّوَى فيهما؛ قُدِّمَ المَفْقُودُ على الشَّرِكَةِ.

ثم اعلم: أن الشَّرِكَةَ عبارةٌ عن اختلاطِ النصيبَيْن فصاعدًا بحيثُ لا يُعْرَفُ أحدُ النصيبَيْنِ مِن الآخَرِ، ومنه: الشَّرَكُ - بالتحريك - وهو حُبَالَةُ الصائدِ، سُمِّيَتْ به؛ لاختلاطِ بعضِ الحَبْلِ بالبعضِ، ثم يُطْلَقُ اسمُ الشَّرِكَةِ على عقدِ الشَّرِكَةِ وإنْ لَمْ يُوجَدِ اختلاطُ النصيبَيْن؛ لأن العقدَ سببٌ له، والشِّرْكُ والشِّرْكَةُ [بمعنًى][(٢)].

قال ابنُ دُرَيْدٍ: «الشِّرْكُ: مصدرُ شَرِكْتُ الرجُلَ أشْرَكُهُ[(٣)] شِرْكًا في المالِ، وشارَكَ فلانٌ فلانًا شِرْكَ عِنَانٍ أو شِرْكَ مُفَاوَضَةٍ، فالعِنَانُ: في صِنْفٍ مِن المالِ، والمُفَاوَضَةُ: في جميعِه.

قال الشاعر[(٤)]:

---

(١) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «م».

(٢) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «الرَّجُل شَرِكَة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) هو غير منسوب في: «جمهرة اللغة» لابن دُرَيْد [٢/٧٣٢].

=

الشِّركةُ جَائِزَةٌ؛ لِأَنَّهُ ﷺ بُعِثَ وَالنَّاسُ يَتَعَامَلُونَها، فقَرَّرَهُمْ عليه.

أَبَى ابْنُ كُزْمَانَ كَعْبٌ أَنْ يُصَاهِرَهُ ❊ مُسْكَانُ شِرْكَ عِنَانٍ وَهْوَ أُسْوَارُ[1]

[٢/٢١ظ] وشَرِيكُ الرجُلِ ومُشَارِكُه سواءٌ»[2]، كذا في «الجمهرة».

ثم رُكْنُ شَرِكَة المِلْكِ: اجتماعُ النصِبَيْن.

وحُكْمُها: أن يَكُونَ المالُ مُشْتركًا بينَهُما، وكلُّ واحدٍ في نصيبِ الآخرِ كالأجنبيِّ لا يَجُوزُ [تصرُّفُه][3] بدونِ إذْنِه.

ورُكْنُ شَرِكَةِ العُقُودِ: الإيجابُ والقَبُولُ؛ بأنْ يَقُولَ أحدُهما لصاحِبِه: شارَكْتُك في كذا وكذا، ويَقُولُ صاحِبُه: قبِلْتُ.

وحُكْمُها: الشَّرِكَةُ في الرِّبْحِ.

ثم شَرِكَةُ الأملاكِ على ضَرْبَيْن: جَبْرِيٌّ واختيارِيٌّ:

فالأوَّلُ: في العينِ يرِثُها رجُلان.

والثاني: في العينِ يَشْتَرِيانها أو تُوهَبُ لهما، أو تُوصَى لهما؛ فَقَبِلا.

قولُه: (الشِّرْكَةُ جائِزَةٌ؛ لِأَنَّهُ ﷺ بُعِثَ وَالنَّاسُ يَتَعَامَلُونَ بِهَا، فَقَرَّرَهُمْ عَلَيْهِ)،

= ومُراد المؤلِّف مِن الشاهدِ: الاستدلالُ به على أن العِنَانَ: هو المُشَارَكةُ في صِنْفٍ مِن المال.

(١) قالوا للفارس مِن العَجَم: «أُسْوَار» بكَسْر الهمزة وضَمِّها، قال أبو عليٍّ: «تفسيرُه: ذو الفُرْس، أو عالِي الفُرْس. وجمْعُه أيضًا: أَسَاوِر وأَسَاوِرَة». ذكرَه ابنُ جنِّي في «شرْح المُتنبِّي» في قافية الراء. كذا جاء في حاشية: «ك»، و«م»، و«غ». وينظر: «الفَسْر في شرْح ديوان المتنبِّي» لابن جني [٢/٩٣].

تنبيه: نقَلَ ابنُ جنِّي هذا القولَ عن شيْخه أبي عَلِيٍّ الفارسِيِّ في غضون شَرْحه لبَيْت المتنبِّي:

بَنُو كَعْبٍ وَمَا أَثَّرْتَ فِيهِمْ ❊ يَدٌ لَمْ يُدْمِهَا إلَّا السُّوَارُ

(٢) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دُرَيْد [٢/٧٣٢].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

....

يعني: لَمَّا كان الناسُ يَعْقِدُون عَقْدَ الشَّرِكَةِ [٢/٥و/م] والنبيُّ عليه السلام لَمْ يُنْكِرها[1]؛ دَلَّ ذلك على جوازِها، فلو لم تَكُنْ جائزةً لأنْكَرَها؛ لأنه مبعوثٌ لبيانِ الحقِّ.

قال أصحابُنا في كُتُبِهِم: رُوِيَ أن أُسَامَةَ بْنَ شَرِيكٍ[2] جاء إلى النَّبِيِّ ﷺ فقال: أَتَعْرِفُنِي؟ فَقَالَ: **«وَكَيْفَ لَا أَعْرِفُكَ، وَقَدْ كُنْتَ شَرِيكِي؟ نِعْمَ الشَّرِيكُ، لَا تُدَارِي، وَلَا تُمَارِي»**[3].

وحدَّثَ صاحبُ **«السنَن»** بإسنادِه إلى أبي هريرةَ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْه - عَنِ النَّبِيِّ ﷺ

(١) وقع بالأصل: «ينكرهم». والمثبت من: «م»، و«غ».

(٢) كذا وقع! وهو وهم ظاهر، تابع المؤلف فيه جماعة من الحنفية، منهم صاحب: «روضة القضاة وطريق النجاة» [٥٦١/٢]، وصاحب: «بدائع الصنائع» [٥٨/٦]، وقبلهما أبو الحسن الكَرْخِيّ في: «مختصره/ بشرح القُدُورِيّ» [٢/ق٢٣٣/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي حافظ أحمد باشا - تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٤)]. وغيرهم، حيث نسبوا روايةَ الحديث إلى أُسَامَةَ بْنَ شَرِيكٍ رضي الله عنه، وليس به، وإنما يرْوِيه السائبُ بن أبي السائب (كما سيأتي في مصادر التخريج) واسمُه: صَيْفِي بن عابد بن عبد الله بن عُمَر بن مخزوم القرشِيّ المخزُومِيّ العابِدِيّ. ينظر: «تهذيب الكمال» للمزي [١٨٨/١٠].

(٣) أخرجه: أبو داود في كتاب الأدب/ باب في كراهية المراء [رقم/ ٤٨٣٦]، وابن ماجه في كتاب التجارات/ باب الشركة والمَضَارَبة [رقم/ ٢٢٨٧]، وأحمد في «المسند» [٤٢٥/٣]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [٦٩/٢]، من حديث السَّائِب بن أبي السَّائِب: أَنَّهُ كَانَ يُشَارِكُ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَبْلَ الْإِسْلَامِ فِي التِّجَارَةِ، فَلَمَّا كَانَ يَوْمُ الْفَتْحِ جَاءَهُ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: **«مَرْحَبًا بِأَخِي، وَشَرِيكِي، كَانَ لَا يُدَارِي، وَلَا يُمَارِي، يَا سَائِبُ قَدْ كُنْتَ تَعْمَلُ أَعْمَالًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ، لَا تُقْبَلُ مِنْكَ، وَهِيَ الْيَوْمَ تُقْبَلُ مِنْكَ»**. لفْظ أحمد.

قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».

وقال السهيلِيُّ: «حديث السائب: «كُنْتَ شَرِيكِي فِي الْجَاهِلِيَّةِ، فَكُنْت خَيْرَ شَرِيكٍ، لَا تُدَارِي وَلَا تُمَارِي»: كثير الاضطراب، فمنهم مَن يَرْوِيه عن السائب بن أبي السائب، ومنهم مَن يَرْوِيه عن قيس بن السائب، ومنهم مَن يَرْوِيه عن عبد الله بن السائب، وهذا اضطراب لا يَثْبُت به شيء، ولا تقوم به حجة». ينظر: «الروْض الأُنُف» للسهيلي [٢١٢/٥ - ٢١٣]، و«نصب الراية» للزيلعي [٤٧٥/٣].

قَالَ: الشِّرْكَةُ ضَرْبَانِ: شِرْكَةُ أَمْلَاكٍ، وَشِرْكَةُ عُقُودٍ.

فَشِرْكَةُ الْأَمْلَاكِ: الْعَيْنُ يَرِثُهَا رَجُلَانِ أَوْ يَشْتَرِيَانِهَا، فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ إِلَّا بِأَمْرِهِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ كَالْأَجْنَبِيِّ وَهَذِهِ الشَّرِكَةُ تَتَحَقَّقُ فِي غَيْرِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ، ....

غاية البيان

قال: «إِنَّ اللهَ ﷻ يَقُولُ: أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، فَإِذَا خَانَهُ؛ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِم»[1] ذكرَه في «السنن» في «كتابِ البيوعِ».

[وقولُه: (فَقَرَّرَهُمْ)، أي: قرَّر النبيُّ ﷺ الناسَ على التعاملِ بالشَّرِكَةِ][2].

قولُه: (قَالَ: الشِّرْكَةُ ضَرْبَانِ: شِرْكَةُ أَمْلَاكٍ، وَشِرْكَةُ عُقُودٍ.

فَشِرْكَةُ الْأَمْلَاكِ: الْعَيْنُ يَرِثُهَا رَجُلَانِ أو يَشْتَرِيَانِهَا، فَلَا يَجُوزُ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي نَصِيبِ الْآخَرِ إِلَّا بِأَمْرِهِ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي نَصِيبِ صَاحِبِهِ كَالْأَجْنَبِيِّ)، أي: قال القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «مختصره»[3]، وذلك لأن التصرُّف في مِلْكِ الغيرِ لا يَجُوزُ إلا بإذْنٍ أو ولايةٍ شرعيَّةٍ، ولَمْ يُوجَدْ ذلك في حقِّ كلِّ واحدٍ مِن الشريكَيْن، فَلَمْ[4] يَجُزْ تصرُّفُ أحدِهما في حقِّ الآخرِ.

---

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب البيوع/ باب في الشركة [رقم/ ٣٣٨٣]، والدارقطني في «سننه» [٣/٣٥]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [٢/٦٠]، وعنه البيهقي في «السنن الكبرى» [٦/٧٨]، من حديث أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه به.

قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولَمْ يخرجاه».

وقال ابنُ الملقن: «هذا الحَديث جيد الإسناد». وقال ابنُ حجر: «أخرجه أبو داود وصحَّحه الحاكم، ومنهم مَن أعلَّه بالإرسال». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٦/٧٢١]، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٤٤].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٠].

(٤) وقع بالأصل: «لَمْ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

....

قال صاحبُ «الهداية»: (وَهَذِهِ الشِّرْكَةُ تَتَحَقَّقُ فِي غَيْرِ الْمَذْكُورِ فِي الْكِتَابِ)، أي: شَرِكَةُ الأملاكِ لا تَنْحَصِرُ في المذكورِ في «مختصرِ القُدُوريِّ»، والمذكورُ فيه شيئان: الإِرْثُ والشراءُ، بل تَتَحقَّقُ في غيرِه، كما إذا اتَّهَبَ[1] الرجُلان عيْنًا، أي: قَبِلَا عيْنًا وُهِبَتْ لهما، وكما إذا ملَكاها بالاستيلاءِ، مِثْلُ: ما إذا استوْلَيَا على عينٍ واحدةٍ مِن أعيانِ مالِ أهلِ الحربِ.

وكما إذا اختلَط مالُهما مِن غيرِ صُنْعٍ منهما، نحوُ: ما إذا انشَقَّ الكِيسانِ فاختلَط ما فيهما مِن الدراهمِ، وكما إذا خلَطَا مالَيْهما خلْطًا لا يُمْكِنُ به التَّمْييزُ أصلًا، كخَلْطِ[2] الْحِنْطَةِ بالحنطةِ، أو يُمْكِنُ التَّمْييزُ لكن بحرجٍ كخلطِ الْحِنْطَةِ بالشعيرِ.

ثم الشَّرِكَةُ الثابتةُ بالاختلاطِ والخَلْطُ تُخالِفُ الشَّرِكَةَ الثابتةَ بالإِرْثِ، أو بالشراءِ [٥/٢ظ/م] أو بِالهِبَةِ أو بالاستيلاءِ، فإن الشَّرِكَةَ متى ثَبَتَتْ بالاختلاطِ أو بالخَلْطِ يَجُوزُ بَيْعُ أحدِهما نصيبَه مِن شريكِه، ولا يَجُوزُ مِن الأجنبيِّ إلا بإذْنِ الشريكِ.

والشَّرِكَةُ متى ثَبَتَتْ بالإِرْثِ وما يجْرِي مُجْرَاهُ فلا يَجُوزُ بَيْعُ أحدِهما نصيبَه مِن الشريكِ ومِن الأجنبيِّ بغيرِ إذْنِ شريكِه، [ولا يَجُوزُ التصرُّفُ في نصيبِ شريكِه إلا بإذْنِ شريكِه][3]؛ لأن خَلْطَ الجنسِ بالجنسِ على سبيلِ التعدِّي سببٌ لزوالِ[4] المِلْكِ عن المخلُوطِ إلى الخالطِ، وإذا حصَل بغيرِ تعدٍّ كان سببُ الزوالِ موجودًا مِن وجهٍ لوجودِ الخَلْطِ غيرَ موجودٍ مِن وجهٍ، لانعدامِ صفةِ التعدِّي عن الخلْطِ، فكان الزوالُ موجودًا مِن وجهٍ دونَ وجهٍ، فاعْتُبِر نصيبُ كلِّ واحدٍ منهما زائلًا إلى

---

(١) **الاتِّهابُ**: قبول الهبة، والاستيهاب: سُؤالُها. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٤/٣٦٥/مادة: وهب].

(٢) وقع بالأصل: «كخلطة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) وقع بالأصل: «يَثْبُت لزوال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

كَمَا إِذَا اتَّهَبَ رَجُلَانِ عَيْنًا أَوْ مَلَكَاهَا بِالِاسْتِيلَاءِ أَوْ اخْتَلَطَ مَالُهُمَا مِنْ غَيْرِ صُنْعِ أَحَدِهِمَا أَوْ بِخَلْطِهِمَا خَلْطًا يَمْنَعُ التَّمْيِيزَ رَأْسًا، أَوْ إِلَّا بِحَرَجٍ.

وَيَجُوزُ بَيْعُ أَحَدِهِمَا نَصِيبَهُ مِنْ شَرِيكِهِ فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ وَمَنْ غَيْرِ شَرِيكِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ إِلَّا فِي صُورَةِ الْخَلْطِ وَالِاخْتِلَاطِ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِذْنِهِ، وَقَدْ بَيَّنَا الْفَرْقَ فِي: «كِفَايَةِ الْمُنْتَهى».

غاية البيان

الشريكِ في حقِّ البيعِ مِنَ الأجنبيِّ، كأنه يَبِيعُ مِلْكَ الشريكِ مِن الأجنبيِّ غيرَ زائلٍ في حقِّ البيعِ مِن الشريكِ [٢/٢٢و] كأنه يَبِيعُ مِلْكَ نفسِه؛ عمَلًا بشَبَهِ الزوالِ وشَبَهِ القيامِ.

فأمَّا الشَّرِكَةُ الثابتةُ بالإرْثِ وما يَجْرِي مَجْرَاهُ: لَمْ[١] يُوجَد بعْدَ ثبوتِ المِلْكِ لكلِّ واحدٍ منهما سببُ الزوالِ بوجهٍ ما، فكان مِلْكُ كلِّ واحدٍ منهما قائمًا في نصيبِه مِن كلِّ وجهٍ فيَجُوزُ لكلِّ واحدٍ منهما بَيْعُ نصيبِه كيفما كان، كذا ذكَره الإمامُ الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»[٢].

وإلى هذا الفرْقِ أشار صاحبُ «الهداية» بقولِه: **(وَقَدْ بَيَّنَّا الفَرْقَ فِي «كِفَايَةِ الْمُنْتَهى»)**.

قوله: (يَمْنَعُ[٣] التَّمْيِيزَ رَأْسًا، أو إِلَّا بِحَرَجٍ)، أي: يَمْنَعُ ذلك الخلطُ التَّمْيِيزَ أصلًا، ولا يُمْكِنُ التَّمْيِيزُ بينَ المخْلُوطين، أو لا يُمْكِنُ التَّمْيِيزُ بينَهُما **(إِلَّا بِحَرَجٍ)** يعني: يُمْكِنُ بحَرَجٍ.

قولُه: (فِي جَمِيعِ الصُّوَرِ)، أي: في جميعِ صُوَرِ شَرِكَةِ الأملاكِ غيرَ صورةِ

---

(١) هكذا في النُّسَخ بحذْف الفاء في جواب الشرط، وقد مضى أنَّ حَذْفَها جائزٌ في الاختيار وسَعة الكلام.
(٢) ينظر: «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة» [٣/٣٩].
(٣) وقع بالأصل: «لمنع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَالضَّرْبُ الثَّانِي: شِرْكَةُ الْعُقُودِ، وَرُكْنُهَا الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ، وَهُوَ أَنْ يَقُولَ أَحَدُهُمَا: شَارَكْتُكَ فِي كَذَا وَكَذَا، وَيَقُولُ الْآخَرُ: قَبِلْتُ.

وَشَرْطُهُ: أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ عَقْدَ الشِّرْكَةِ قَابِلًا لِلْوَكَالَةِ لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَيَتَحَقَّقُ حُكْمُهُ الْمَطْلُوبُ مِنْهُ.

غاية البيان

الخلْطِ والاختلاطِ، وقد ذكَرْنا جميعَها آنفًا.

قولُه: (وَالضَّرْبُ الثَّانِي: شِرْكَةُ الْعُقُودِ) هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1]، **وتمامُه فيه**: «وهي أربعةُ أوجهٍ: مُفَاوَضَةٌ، وعِنَانٌ، وشَرِكَةُ الصنائعِ، وشَرِكَةُ الوجوهِ»[2]، أي: الضربُ الثاني مِن [٥/٣و/م] ضَرْبَي الشَّرِكَةِ.

قولُه: (وَشَرْطُهُ: أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ عَقْدَ الشِّرْكَةِ قَابِلًا لِلْوَكَالَةِ)، **أي**: شَرْطُ الضربِ الثاني ـ وهو شَرِكَةُ العُقُودِ ـ أن يَكُونَ التصَرُّفُ الذي وقَع عليه العقدُ قابلًا للوكالةِ، سواءٌ كان عِنانًا أو مُفَاوَضَةً؛ لأن عَقْدَ الشَّرِكَةِ يَتَضَمَّنُ الوكالةَ؛ لأنَّ المَقْصُودَ مِن الشَّرِكَةِ: تحصيلُ الرِّبْحِ بالتجارةِ، والتصَرُّفُ في مالِ الغيرِ لا يَجُوزُ إلا بولايةٍ أو وَكَالةٍ مِن طريقِ النطْقِ أو الحُكْمِ، ولَمْ تُوجَدِ الولايةُ بالنطْقِ بالتوكيلِ، فتعَيَّن الثالثُ؛ ليتَحَقَّقَ[3] الحُكْمُ المطلوبُ مِن الشَّرِكَةِ وهو الرِّبْحُ، وهذا معنى قولِه: **(لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا فَيَتَحَقَّقُ حُكْمُهُ الْمَطْلُوبُ مِنْهُ)**، أي: حُكْمُ عَقْدِ الشَّرِكَةِ المطلوبِ مِن عَقْدِ الشَّرِكَةِ.

وقولُه: (عَقْدَ الشِّرْكَةِ)، منصوبٌ على المصدرِ، واحترز بقولِه: **(قَابِلًا لِلْوَكَالَةِ)** عن الاحتِطابِ والاحتِشاشِ والاصطيادِ؛ لأنها ليست بقابلةٍ للوكالةِ، فلا يَجُوزُ عَقْدُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٠].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٠].

(٣) وقع بالأصل: «لتحقق». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

ثُمَّ هِيَ أَرْبَعَةُ أَوْجُهٍ: مُفَاوَضَةٌ، وَعَنَانٌ، وَشَرِكَةُ الصَّنَائِعِ، وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ.

فَأَمَّا شِرْكَةُ الْمُفَاوَضَةِ: فَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ الرَّجُلَانِ، يَتَسَاوَيَانِ فِي مَالِهِمَا، وَتَصَرُّفِهِمَا، وَدِيْنِهِمَا؛ لِأَنَّهَا شَرِكَةٌ عَامَّةٌ فِي جَمِيعِ التِّجَارَاتِ، يُفَوِّضُ كُلُّ وَاحِدٍ

غاية البيان

الشَّرِكَةِ فيها، وسيَجِيءُ بيانُه في: فصْلِ الشَّرِكَةِ الفاسدةِ إنْ شاء اللهُ تعالىٰ.

قولُه: (ثُمَّ هِيَ أَرْبَعَةُ أَوْجُهٍ)، أي: شَرِكَةُ العُقُودِ على أربعةِ أوْجُهٍ: مُفَاوَضَةٌ، وعِنَانٌ، وشَرِكَةُ الصنائعِ، وشَرِكَةُ الوجوهِ وهذا التقسيمُ فيه نظَرٌ؛ لأنه يُوهِمُ أن شَرِكَةَ الصنائعِ وشَرِكَةَ الوجوهِ مُغايِرَتان للمُفَاوَضَةِ والعِنَانِ.

والأَوْلَىٰ في التقسيمِ: ما ذكَره الشيخان أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ[1]، وأبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصَرَيْهما» بقولِهما: الشَّرِكَةُ على ثلاثةِ أوْجُهٍ: شَرِكَةٌ بالأموالِ، وشَرِكَةٌ بالأعمالِ، وشَرِكَةٌ بالوجوهِ، وكلُّ واحدٍ منها[2] علىٰ وجهَيْن: مُفَاوَضَةٌ وعِنَانٌ، وسيَجِيءُ بيانُ المُفَاوَضَةِ والعِنَانِ في شَرِكَةِ الأعمالِ وشَرِكَةِ الوجوهِ، فإذا وصَلْنا إلىٰ بيانِهما نُبَيِّنُ الوجْهَيْن [إنْ شاء الله تعالىٰ][3].

قولُه: (فَأَمَّا شِرْكَةُ الْمُفَاوَضَةِ: فَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ الرَّجُلَانِ، يَتَسَاوَيَانِ فِي مَالِهِمَا، وَتَصَرُّفِهِمَا، وَدِيْنِهِمَا)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ [٥/٣ظ/م] في «مختصره»[4]، وذلك لأن المُفَاوَضَةَ هي المساواةُ والمشارَكَةُ.

والفَوْضَةُ: الشِّرْكَةُ[5]، والناسُ فَوْضَىٰ في هذا الأمرِ: أي: سواءٌ، لا تبايُنَ

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ١٠٦].

(٢) وقع بالأصل: «منهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٠].

(٥) هكذا ضبَطه في: «غ»: «الشِّرْكَة» بكَسْر الشين وسكون الراء، ومثْلُه وقَع في النسخة الخَطِّية مِن: «الفائق» للزمخشري [ق٢٦١/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٣٨١)].

مِنْهُمَا أَمْرَ الشَّرِكَةِ [٢٣٨/و] إِلَىٰ صَاحِبِهِ عَلَىٰ الْإِطْلَاقِ إِذْ هِيَ من الْمُسَاوَاةِ، ......

غاية البيان

بينَهم، كذا ذكَر صاحبُ «**الفائق**»[١].

ألا تَرَىٰ إلىٰ قولِ الشاعرِ[٢]، وهو الأَفْوَهُ الأَوْدِيُّ[٣]:

لَا يَصْلُحُ النَّاسُ فَوْضَىٰ لَا سَرَاةَ لَهُمْ ❊ وَلَا سَرَاةَ إِذَا جُهَّالُهُمْ سَادُوا

فلَمَّا كان معنىٰ المُفَاوَضَةِ: المساواةُ؛ اعْتُبِرَ التساوي [في المالِ والتصرُّفِ والدِّينِ، والمرادُ مِن التساوِي في المالِ][٤]: التساوي في مالٍ تَصِحُّ فيه الشَّرِكَةُ.

أَمَّا إذا تفاضَلا فيما لا تَصِحُّ فيه الشَّرِكَةُ ـ كالعُروضِ والعَقارِ والديونِ ـ فلا يُفْسِدُ ذلك المُفَاوَضَةَ؛ لأنها [٢/٢٢ظ] لا تَنْعَقِدُ عليها الشَّرِكَةُ، فلا تَمْنَعُ صحَّتَها التفاضُلُ فيها؛ كالتفاضُلِ في الأولادِ والزوجاتِ، ويَجِبُ أَلَّا يَنْفَرِدَ أحدُهما بنوعٍ مِن أنواعِ التجارةِ؛ لأن المُفَاوَضَةَ تَنْعَقِدُ عامَّةً في التجاراتِ، ولأَنَّ انفرادَ أحدِهما بنوْعٍ يُزِيلُ التساوِيَ، وهو شرْطٌ في المُفَاوَضَةِ.

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ رحمه الله **في «مختصره»**: «شرْطُ صحَّتِها أن تَكُونَ في جميعِ التجاراتِ، ولا يَخْتَصَّ أحدُهما بتجارةٍ دونَ شريكِه، وأنْ يَكُونَ ما يَلْزَمُ

---

(١) ينظر: «الفائق في غريب الحديث والأثر» للزمخشري [١٤٨/٣].

(٢) هو: الأفْوَه الأَوْدِيّ كما سيذكر المؤلف، وبَيْتُه هنا: يُعَدّ مِن الأبيات الجَزْلَة السائرة، وهو ضِمْن قصيدة طنَّانة في الحِكَم ومحاسِن الأخلاق. ينظر: «ديوان الأفْوَه الأَوْدِي/ ضِمْن الطرائف الأدبية» جمَعه عبدُ العزيز الميمنيّ [ص/ ١٠].

ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به علىٰ أن الفَوْضَىٰ في الناس: بمعنىٰ كونهم سواء في الأمر، لا تبايُنَ بينهم. يقال قومٌ فَوْضَىٰ: أي متساوون لا رئِيسَ لهم.

(٣) وقع بالأصل: «الأفْوَه الأزدي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

والأفْوَه الأَوْدِيّ: هو صلاءة بن عَمْرو بن مالك الأَوْدِيّ، شاعر يمَانِيّ جاهلِيّ، لُقِّب بـ: بالأَفْوَه؛ لأنه كان غليظ الشفتَيْن ظاهر الأسنان. وهو أحد الحُكَماء والشعراء في عصره. (توفىٰ سنة: ٥٤ قبل هـ). ينظر: «الأغاني» للأصفهاني [١٩٨/١٢].

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

قَالَ قَائِلُهُمْ:

لَا يُصْلِحُ النَّاسَ فَوْضَىٰ لَا سَرَاةَ لَهُمْ ۞ وَلَا سَرَاةَ إِذَا جُهَّالُهُمْ سَادُوا

غاية البيان

أحدَهما مِن حقوقِ ما يتَّجِران فيه لازِمًا للآخَرِ، وما يَجِبُ لكلِّ واحدٍ منهما يَجِبُ للآخَرِ، ويَكُونُ كلُّ واحدٍ منهما فيما وجَبَ لصاحبِه بمنزلةِ الوكيلِ، وفيما وجَبَ عليه بمنزلةِ الكفيلِ عنه، ويَتَساوَيانِ معَ ذلك في رءوسِ الأموالِ في قَدْرِها وقيمَتِها، فإنْ تفاوَتا في شيءٍ مِن ذلك لَمْ تَكُنْ مُفَاوَضَةً وكانت عِنَانًا.

ويَتَساوَيَان أيضًا في الرِّبْحِ، لا يَفْضُلُ أحدُهما الآخَرَ، ولا يَكُونُ لأحدِهما مالٌ خاصٌّ في يدِه أو يدِ مُودَعٍ له، مما بيَّنْتُ[1] لك أن الشَّرِكَةَ تَجُوزُ به مِن الدراهمِ والدنانيرِ والفلوسِ أيضًا في قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ، فإنْ كان في يدِ أحدِهما شيءٌ مِن ذلك لنفسِه مما لم يدخُلْ في الشَّرِكَةِ؛ فسدَتِ المُفَاوَضَةُ، وكذلك إنْ صار في يَدِه شيءٌ مِن ذلك بعدَ المُفَاوَضَةِ، فإنَّ المُفَاوَضَةَ تَفْسُدُ وتَصِيرُ شَرِكَةَ عِنَانٍ»[2] إلىٰ هنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله.

[٥/٤٠و/م] **وقال في «الشامل» في قِسمِ «المبسوط»**: «دراهمُ أحدِهما بِيضٌ، ودراهمُ الآخَرِ سُودٌ؛ جازتِ المُفَاوَضَةُ إلا أن يَكُونَ لأحدِهما فضْلٌ على الآخَرِ في الصَّرْفِ، فلا يَجُوزُ شَرِكَةُ المُفَاوَضَةِ لِمَا عُرِفَ، لأحدِهما ألفُ درهمٍ وللآخَرِ مئةُ دينارٍ جازَتْ إنِ استوَتِ القِيمَةُ، وإنِ اختلفَتْ؛ تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ عِنَانًا».

قولُه: (قَالَ قَائِلُهُمْ:

لَا يَصْلُحُ النَّاسُ فَوْضَىٰ لَا سَرَاةَ لَهُمْ ۞ وَلَا سَرَاةَ إِذَا جُهَّالُهُمْ سَادُوا)

أي: لا يَصْلُحُ أمورُ الناسِ حالَ كونِهم مُتساوينَ لا أشرافَ لهم يَأْمُرونَهُم

---

(١) وقع بالأصل: «مِمَّا يَثْبُت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٨٣].

أَيْ مُتَسَاوِيينَ. فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ الْمُسَاوَاةِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً...........

ويَنْهُونَهُمْ، والسَّرَاةُ: جمْعُ سَرِيٍّ، وبعدَ هذا البيتِ[1]:

إِذَا تَـوَلَّىٰ سَـرَاةُ النَّـاسِ أَمْـرَهُمُ ❊ نَمَـا عَلَـىٰ ذَاكَ أَمْـرُ الْقَـوْمِ وَازْدَادُوا

قولُه: (فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ الْمُسَاوَاةِ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً) نتيجةً لقولِه: **(إِذْ هِيَ مِنَ الْمُسَاوَاةِ[2])**، **أي**: لَمَّا كانتِ المُفَاوَضَةُ عبارةً عن المساواةِ؛ لَمْ يَكُنْ بُدٌّ مِن تحقيقِ المساواةِ فيها بينَهُما ابتداءً وانتهاءً؛ لأن المُفَاوَضَةَ مِن العُقُودِ الجائزةِ؛ بدليلِ صحَّةِ امتناعِ كلِّ واحدٍ منهما عنها[3] بعدَ العقدِ، فكان لدوامِها حُكْمُ الابتداءِ، فالتساوِي في الابتداءِ شرْطٌ، فكذا في الانتهاءِ.

ولهذا لو كان المالَانِ سواءً يومَ الشَّرِكَةِ وفضَلَ أحدُهما قبْلَ أن يَشْتَرِيا شيئًا؛ فسدَتْ، لأن المَقْصُودَ من الشَّرِكَةِ: التجارةُ بالشراءِ فلا تَتَأَكَّدُ قبْلَ الشراءِ، فما يَمْنَعُ ابتداءَها[4] بالمقارنةِ يُبْطِلُها بالطَّرَيانِ، وتَصِيرُ عِنَانًا؛ لأنه يَنْعَقِدُ به العِنَانُ، وإنْ كان ذلك بعدَ الشراءِ بالمالَيْنِ؛ لا يَفْسُدُ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ انتقلَتْ عن الثمنِ إلىٰ المشْترِي، فتَغيُّرُ[5] سِعْرِ رأسِ المالِ بعدَ خروجِه عن الشَّرِكَةِ لا يُبْطِلُ شَرِكتَهما.

ولو اشتَرَيا جميعًا بمالِ أحدِهما ثم فضَلَ الآخرُ؛ تفْسُدُ المُفَاوَضَةُ قياسًا، لأن المشتَرَىٰ صار بينَهُما، ورأسُ المالِ الآخَرِ بقِيَ علىٰ مِلْكِه، فحَصَل التفاضُلُ، وفي الاستحسانِ: لا يَبْطُلُ؛ لأنَّ الشراءَ بالمالَيْن قلَّما يَتَّفِقُ، فلو فسَدَ بهذا؛ لَحِقَهُما الحَرَجُ. هكذا ذكَر في «**الشامل**» [٢/٢٣و] في قِسمِ «**المبسوط**».

---

(١) **البيتُ**: في «ديوان الأفْوَه الأوْدِي/ ضِمْن الطرائف الأدبية» جمَعه عبدُ العزيز الميمنيّ [ص/ ١٠].

(٢) وقع بالأصل: «الْمُسَاوَاةِ فِيهَا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «منهما عما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) وقع بالأصل: «منع ابتداؤها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) وقع بالأصل: «فتعثرر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَذَلِكَ فِي الْمَالِ، وَالْمُرَادُ بِهِ مَا تَصِحُّ الشِّرْكَةُ فِيهِ، وَلَا يُعْتَبَرُ التَّفَاضُلُ فِيمَا لَا تَصِحُّ الشَّرِكَةُ فِيهِ، وَكَذَا فِي التَّصَرُّفِ، لِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَ أَحَدُهُمَا تَصَرُّفًا لَا يَمْلِكُهُ الْآخَرُ لَفَاتَ التَّسَاوِي، وَكَذَلِكَ فِي الدِّينِ لِمَا نُبَيِّنُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

وَهَذِهِ الشِّرْكَةُ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا اسْتِحْسَانًا. وَفِي الْقِيَاسِ: لَا تَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ.

غاية البيان

قولُه: (وَذَلِكَ فِي الْمَالِ)، أي: تحقيقُ المساواةِ في المالِ، وكذا في التصَرُّفِ، وكذا في الدِّينِ، حتىٰ لو اختصَّ أحدُهما بمالٍ تَصِحُّ [٥/٤ظ/م] فيه الشَّرِكَةُ أو بتصرُّفٍ أو بدِينٍ؛ فاتَ التساوِي، وفسدَتِ المُفَاوَضَةُ وكانت عِنَانًا، لأن كلَّ موضعٍ يَنْعَدِمُ فيه شَرْطُ المُفَاوَضَةِ ـ وهو ليس بشَرْطٍ في العِنَانِ ـ كانت عِنَانًا؛ لأنه أتىٰ بمعنَىٰ العِنَانِ بعبارةِ المُفَاوَضَةِ.

قولُه: (وَالْمُرَادُ بِهِ مَا تَصِحُّ الشِّرْكَةُ فِيهِ)، أي: المرادُ بالمالِ الذي اشْتُرِطَ المساواةُ فيه هو المالُ الذي تَصِحُّ الشَّرِكَةُ فيه، كالدراهمِ والدنانيرِ والفلوسِ أيضًا علىٰ قولِهما، [لا ما][1] لا تَصِحُّ فيه الشَّرِكَةُ، كالعُروضِ والعَقارِ؛ إذ التفاضلُ فيه لا يُبْطِلُ المُفَاوَضَةَ.

قولُه: (وَكَذَا فِي التَّصَرُّفِ)، عطْفٌ علىٰ قولِه: (وَذَلِكَ فِي الْمَالِ) وكذلك قولُه: (وَكَذَا فِي الدِّينِ)، عطْفٌ أيضًا علىٰ قولِه: (وَذَلِكَ فِي الْمَالِ).

قولُه: (لِمَا نُبَيِّنُ)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (وَلَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ).

قولُه: (وَهَذِهِ الشِّرْكَةُ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا اسْتِحْسَانًا.

وَفِي الْقِيَاسِ: لَا تَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ[2].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٤٧٣/٦]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» لأبي إسحاق=

وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللهُ: لَا أَعْرِفُ مَا الْمُفَاوَضَةُ.

غاية البيان

وَقَالَ مَالِكٌ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: لَا أَعْرِفُ مَا الْمُفَاوَضَةُ[(١)]) ، ذكَر هذا تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ.

وقال في «المختلف»: «قال الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللهُ: لا أدري ما المُفَاوَضَةُ؟»[(٢)].

وجهُ القياسِ: أن المُفَاوَضَةَ تَضَمَّنَتْ شيئَيْن، وكلُّ واحدٍ منهما عندَ انفرادِه لا يَجُوزُ، فبالطريقِ الأَوْلَىٰ أَلَّا يَجُوزَ عندَ انضامِهما.

بيانُه: أنها تَضَمَّنَتِ الوكالةَ والكَفَالَةَ، والوكالةُ بمجهولِ[(٣)] الجنسِ لا يَجُوزُ، أَلَا تَرَىٰ أنه لو قال: وكَّلتُك بالشراءِ أو بشراءِ الثوبِ لا تَصِحُّ الوكالةُ، والكَفَالَةُ لمجهولٍ لا تَصِحُّ[(٤)] أيضًا، بخلافِ الكَفَالَةِ بمجهولٍ لمعلومٍ، فإنها جائزةٌ، كما في قولِه: ما ذَابَ[(٥)] لك علىٰ فلانٍ فعَلَيَّ.

وهنا فيما نحنُ فيه: الوكالةُ بمجهولِ الجنسِ، والكَفَالَةُ لمجهولٍ، فيَنْبَغِي أَلَّا يَجُوزَ؛ لأن المُفَاوَضَةَ شرْطُها المساواةُ عندَكُم، واعتبارُها لا يُمْكِنُ؛ لأنَّ أحدَهُما يَكُونُ له فضْلٌ علىٰ الآخَرِ في متاعِ الأهلِ، أو ثيابِ [البَدَنِ][(٦)] أو نحوِ ذلك، فإذا

= الشيرازي [ص/ ١٠٧ ـ ١٠٨]. ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٤/ ٢٧٩ ـ ٢٨٠].

(١) مذهب مالك: هو جواز المفاوَضة في الجملة، وصورتُها: أنْ يُفَوِّض كلُّ واحد منهما النظرَ إلىٰ صاحبه بما رآه، فيُمَيِّز بين ما شراه مِن أنواع تجارتهما، وما باع كلُّ واحد منهما واشترىٰ فهو جائز علىٰ صاحبه، ونفقتُهما جميعًا مِن المال. ينظر: «التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [٧/ ٧٧ ـ ٧٨]، و«الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٢/ ١٧٠]. و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٦/ ٤٢].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/ ١٣٦٨].

(٣) وقع بالأصل: «المجهول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) أشار في حاشية الأصل: إلىٰ أنه وقع في بعض النُّسَخ: «لا يجوز». بدل: «لا يصح». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «ف»، و«غ»، و«ر»، و«م».

(٥) أي: ما وجَب وثبَتَ وتقرَّر. ينظر: «صحاح اللغة» للجوهري [٢/ ٤٤٦/مادة: برد]. ينظر: «طِلْبة الطَّلَبة» لأبي حفص النسفي [ص/ ١٤٠].

(٦) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَجْهُ الْقِيَاسِ: أَنَّهَا تَضَمَّنَتِ الْوِكَالَةَ بِمَجْهُولِ الْجِنْسِ وَالْكَفَالَةَ لِمَجْهُولٍ، وَكُلُّ ذَلِكَ بِانْفِرَادِهَا فَاسِدٌ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «فَاوِضُوا فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبَرَكَةِ». وَكَذَا النَّاسُ تُعَامِلُونَهَا مِنْ غَيْرِ نَكِيرٍ، وَبِهِ يُتْرَكُ الْقِيَاسُ، وَالْجَهَالَةُ مُتَحَمَّلَةٌ تَبَعًا كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ.

غاية البيان

لَمْ يُمْكِنِ اعتبارُها؛ لَمْ يُمْكِنْ تصحيحُ المُفَاوَضَةِ.

ووجهُ الاستحسانِ: ما رَوَىٰ أصحابُنا في عامَّةِ كُتُبِهم عَنِ النَّبيِّ ﷺ أنه قال: «**فَاوِضُوا، فَإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبَرَكَةِ**»[١].

وقال أبو بكر الرَّازِيُّ في شرحه [٥/٥و/م] **لـ«مختصر الطَّحَاويِّ»**: «وقد رُوِيَ جوازُ شَرِكَةِ المُفَاوَضَةِ عن الشَّعْبِيِّ وابنِ سيرينَ وغيرِهما»[٢]، ولأنَّ المسلمين تعامَلُوا هذه الشَّرِكَةَ مِن غيرِ نكيرٍ، فكان دليلًا علىٰ جوازِها، ولأنَّ كلَّ واحدٍ مِن الوكالةِ والكَفَالَةِ جائزٌ عندَ الانفرادِ، فكذا عندَ الاجتماعِ، والجهالةُ التي ذكرَها حصلَتْ في ضِمْنِ صحَّةِ العقدِ، فتُحَمَّلَتْ كما في المضَارَبةِ؛ لأن المُضَارِبَ وَقْتَ تصرُّفِه وكيلٌ عن ربِّ المالِ، لكن بمجهولِ الجنسِ، فتُحُمِّلَتِ الجهالةُ؛ لثبوتِها في

(١) **قال ابنُ التركمانيِّ**: «لَمْ أرَه»، وقال عبدُ القادر القرشيّ: «لَمْ أرَه». وقال ابنُ أبي العز: «هذا الحديث منكر لا أصل له». وقال ابنُ الهمام: «هذا الحديث لَمْ يُعْرَف في كُتُب الحديث أصلًا، والله أعلم به، ولا يَثْبُت به حجة علىٰ الخصْم».
وقال ابنُ حجر: «لَمْ أجده». وقال ابنُ قُطْلُوبُغا: «قال المُخرِّجُون: لَمْ نجده». ينظر: «التنبيه علىٰ أحاديث الهداية والخلاصة» لابن التركماني [ق١٠٩/ب/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٦١)]، و«التعريف والإخبار بتخريج أحاديث الاختيار» لابن قُطْلُوبُغا [ق ١٦٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٩٢)]. و«العناية في تخريج أحاديث الهداية» لعبد القادر القرشي [ق١٤٥/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٨٨)]، و«التنبيه علىٰ مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٣٢٥/٤]. و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [١٤٤/٢]، و«فتح القدير» لابن الهمام [١٥٨/٦].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٢٤٤/٣].

وَلَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِلَفْظَةِ الْمُفَاوَضَةُ ؛ لِبُعْدِ شَرَائِطِهَا عَنْ عِلْمِ العَوَامِّ ، حَتَّىٰ لَوْ بَيَّنَا جَمِيعَ مَا تَقْتَضِيهِ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ هُوَ الْمَعْنَىٰ .

غاية البيان

ضِمْنِ عَقْدِ المضارَبةِ[1] لا قصْدًا ، فكذا فيما نحن فيه ، فكمْ مِن شيءٍ يَثْبُتُ ضِمْنًا ولا يَثْبُتُ قصْدًا ، كما في أحدِ أعدادِ الكفَّارةِ لا يَتعَيَّنُ قَصْدًا ، ويَتَعَيَّنُ في ضِمْنِ المباشرةِ .

ولَا نُسَلِّمُ أن اعتبارَ المساواةِ لا يُمْكِنُ ؛ لأنَّا نَشْرُطُ المساواةَ في مالِ التجارةِ لا غيرَ ، وهي[2] مُمْكِنةٌ فيه .

قولُه: (وَلَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِلَفْظَةِ الْمُفَاوَضَةُ ؛ لِبُعْدِ شَرَائِطِهَا عَنْ عِلْمِ العَوَامِّ) .

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وإنْ شرَطا في عقْدِ الشَّرِكَةِ أنهما تفاوَضَا باللفظِ ؛ يذْكُران ذلك لفْظًا عندَ عَقْدِهِما الشَّرِكَةَ ، فإنْ ترَكَا ذلك كانت عِنانًا ، روَىٰ ذلك الحسنُ بنُ زيادٍ عن أبي حَنيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، ولَمْ يحْكِ عن أحدٍ مِن أصحابِنا خلافًا ، وهو عندِي قولُ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ»[3] إلىٰ هنا [٢/٢٣ظ] لفظُ الكَرْخِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ .

قال البَيْهَقِيُّ في «كفايته»: «إنْ كان العاقِدُ يُمْكِنُه اسْتِيفاءُ المعنىٰ وإنْ لَمْ يَتلَفَّظْ به يَجُوزُ ؛ لأنَّ العِبْرةَ بالمعنىٰ» .

قولُه: (حَتَّىٰ لَوْ بَيَّنَا) بلَفْظِ التثْنِيةِ ، **أي:** لو بيَّنَ المتعاقِدانِ جميعَ ما تَقْتَضِيه المُفَاوَضَةُ ؛ [يَجُوزُ ، وإنْ لَمْ يذْكُرا لفْظَ المُفَاوَضَةِ][4] ؛ لأنَّ المقْصُودَ هو المعنىٰ ، ألَا ترَىٰ أن الكَفَالَةَ بشَرْطِ براءَةِ الأصيلِ حَوَالةٌ ، والحَوَالةُ بشَرْطٍ ضَمانِ الأصيلِ كَفَالَةٌ .

---

(١) وقع بالأصل: «المُفَاوَضَة» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» .

(٢) وقع بالأصل: «وهما» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» .

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٨٢] .

(٤) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» .

قَالَ: فَتَجُوزُ بَيْنَ الْحُرَّيْنِ الْكَبِيرَيْنِ الْمُسْلِمَيْنِ أَوْ ذِمِّيَّيْنِ لِتَحَقُّقِ التَّسَاوِي، وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كِتَابِيًّا وَالْآخَرُ مَجُوسِيًّا يَجُوزُ أَيْضًا لِمَا قُلْنَا.

وَلَا يَجُوزُ بَيْنَ الْحُرِّ وَالْمَمْلُوكِ وَلَا بَيْنَ الصَّبِيِّ وَالْبَالِغِ؛ لِانْعِدَامِ الْمُسَاوَاةِ، لِأَنَّ الْحُرَّ الْبَالِغَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَالْكَفَالَةَ، وَالْمَمْلُوكُ لَا يَمْلِكُ وَاحِدًا مِنْهُمَا إِلَّا بِإِذْنِ الْمَوْلَىٰ، وَالصَّبِيُّ لَا يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ وَالْكَفَالَةَ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَلِيِّ.

قَالَ: وَلَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ، وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: فَتَجُوزُ بَيْنَ الْحُرَّيْنِ الْكَبِيرَيْنِ الْمُسْلِمَيْنِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[1].

وصاحبُ «**الهداية**» لَمْ يذْكُرْ في روايتِه العاقِلَيْنَ بعدَ المسلِمَيْنَ، والشيخُ أبو نصْرٍ ذكَرَه، فلا بُدَّ مِن ذلك، وذِكْرُ هذا نتيجةٌ وحُكْمٌ لِمَا تَقَدَّم مِن قولِه: (**فَأَمَّا شِرْكَةُ الْمُفَاوَضَةِ: فَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَ الرَّجُلَانِ، فَيَتَسَاوَيَانِ** [٥/٥ظ/م] **فِي مَالِهِمَا، وَتَصَرُّفِهِمَا، وَدِيْنِهِمَا**)، **يعني**: لما كان التَّسَاوِي شرْطًا في المُفَاوَضَةِ جازَتْ بينَ الحُرَّيْنِ المذكُورَيْنِ؛ لوجودِ التساوِي، وإن كان أحدُهُما ذِمِّيًّا والآخُر مجوسيًّا جازت أيضًا لتُحقِّقَ التساوِي وهو المرادُ بقولِه: (**لِمَا قُلْنَا**)، وذلك لأن الكفرَ كلَّهُ مِلَّةٌ واحدةٌ.

ولا يَجُوزُ المفَاوَضَةُ إذا كان أحدُهما حُرًّا والآخَرُ مملوكًا، أو كان أحدُهما صبيًّا والآخرُ بالِغًا لعدمِ المساواةِ، لأنَّ الحُرَّ البالغَ يَتَصَرَّفُ بولايةِ نفْسِه، وهو أصلُ الكَفَالَةِ بخلافِ الصبيِّ والعبدِ فإن صحَّةَ تَصَرُّفِهِما وكفَالَتِهِما موقوفةٌ على إذْنِ الوليِّ والمولَىٰ.

قولُه: (وَلَا بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالْكَافِرِ)، وهذه مسألةُ القُدُورِيِّ أيضًا ذكَرَها تفريعًا

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٠].

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَجُوزُ لِلتَّسَاوِي بَيْنَهُمَا فِي الْوِكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ، وَلَا يُعْتَبَر بِزِيَادَةِ تَصَرُّفٍ يَمْلِكُهُ أَحَدُهُمَا، كَالْمُفَاوَضَةِ بَيْنَ الشَّافِعِيِّ وَالْحَنَفِيِّ فَإِنَّهَا

لِمَا تَقَدَّمَ، أي: لا تَجُوزُ المُفَاوَضَةُ بينَهُما لعدمِ التَّساوِي، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ ومحمد رحمهما الله[١].

وعند أبي يوسفَ رحمه الله: يَجُوزُ ذلك لتساوِيهما في التصَرُّفِ، لأنَّ كلَّ ما يَمْلِكُهُ الذِّمِّيُّ مِن شراءِ الخمرِ والخنزيرِ يَمْلِكُهُ المسلمُ أيضًا بالتوكيلِ[٢].

وجوابُه: أن الذِّمِّيَّ يمْلِكُه بنَفْسِه وبوكيلِه، والمسلمُ لا يَمْلِكُه بنفسِه، فانعدَم التساوِي، فصار كالحُرِّ معَ العبدِ، وقد نصَّ الحاكمُ الشهيدُ على الاختلافِ هكذا في «**مختصر الكافي**».

قولُه: (وَلَا [يُعْتَبُر][٣] بِزِيَادَةِ تَصَرُّفٍ يَمْلِكُهُ أَحَدُهُمَا، كَالْمُفَاوَضَةِ بَيْنَ الشَّافِعِيِّ وَالْحَنَفِيِّ)، **يعني**: أنهما يَتَساوَيانِ في أصلِ التصَرُّفِ، كما أن أحدَهُما يَمْلِكُ التصَرُّفَ أصالةً ونيابةً، فكذلك الآخَرُ، لكن أحدَهُما اختصَّ بزيادةِ تصَرُّفٍ؛ كالشَّفْعَوِيِّ[٤] يَتَصَرَّفُ في متروكِ التسميةِ عمدًا؛ لأنه يَعْتَقِدُهُ حلالًا بخلافِ الحَنَفِيِّ،

---

(١) قال في «التصحيح»: والمعتمد قولهما عند الكل كما نطقت به المصنفات للفتوى وغيرها. اهـ. كذا في «اللباب في شرح الكتاب» [١٢٣/٢].

(٢) ينظر: «المبسوط» [١٥٣/١١]، «تحفة الفقهاء» [٩/٣]، «تبيين الحقائق» [٣١٣/٣]، «الجوهرة النيرة» [٢٨٥/١].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) هذه النسبة: «الشفْعَوِيُّ» اعترَض عليها المؤلفُ فيما مضى مِن «كتاب القنوت في الصلاة»، وأنكر على المرغينانيِّ استعمالَها، وعبارتُه هناك: «قوله: (بِالشَّفْعَوِيَّةِ). ليس بشيء؛ لأن القياس في النسبة إلى الشَّافِعِيّ أنْ يُقَال: شافعيّ أيضًا؛ كما عُلِمَ في عِلْم التصريف». فكأنه غَبِيَ عليه الأمرُ فلَمْ يستَحْضِرْه هنا! **وقال النوويُّ**: «النِّسْبَةُ إِلَى مَذْهَب الشَّافِعِي: شَافِعِيّ، ولَا يُقَال شفْعَوِيّ؛ فَإِنَّهُ لحْن فَاحش؛ وإِن كَانَ قد وَقع فِي بعض كتب الفِقْه للخراسانيين، كـ«الوسيط» وغَيره، فَهُو خطأ، فليُجْتَنَب». ينظر: «تحرير ألفاظ التنبيه» للنووي [ص/ ٣١].

جَائِزَةٌ، وَيَتَفَاوَتَانِ فِي التَّصَرُّفِ فِي مَتْرُوكِ التَّسْمِيَةِ، إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ؛ لِأَنَّ الذِّمِّيَّ لَا يَهْتَدِي إِلَى الجَائِزِ مِنَ الْعُقُودِ. وَلَهُمَا: أَنَّهُ لَا تَسَاوِيَ فِي التَّصَرُّفِ، فَإِنَّ الذِّمِّيَّ لَوِ اشْتَرَىٰ بِرَأْسِ الْمَالِ خُمُورًا أَوْ خَنَازِيرَ صَحَّ، وَلَوْ اشْتَرَاهَا مُسْلِمٌ لَا يَصِحُّ.

وَلَا يَجُوزُ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ، وَلَا بَيْنَ الصَّبِيَّيْنِ، وَلَا بَيْنَ الْمُكَاتَبَيْنِ؛ لِانْعِدَامِ صِحَّةِ الْكَفَالَةِ، وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ تَصِحَّ الْمُفَاوَضَةُ - لِفَقْدِ شَرْطِهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ

غاية البيان

وكذلك النَّصْرَانِيُّ مَعَ المجُوسِيِّ.

قولُه: (إِلَّا أَنَّهُ يُكْرَهُ) استثناءٌ مِن قولِه: **(يَجُوزُ لِلتَّسَاوِي بَيْنَهُمَا فِي الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ)**.

وجهُ الكراهةِ: أن الذِّمِّيَّ لا يَهتَدِي إلى العُقُودِ الجائزةِ، أو لا يُحْتَرِزُ عن الرِّبا. فلا يُؤْمَنُ مِن أنْ يُؤْكِلَ شَرِيكَهُ حرامًا.

قولُه: (وَلَا يَجُوزُ بَيْنَ الْعَبْدَيْنِ، وَلَا بَيْنَ الصَّبِيَّيْنِ، وَلَا بَيْنَ الْمُكَاتَبَيْنِ)، ذكرَه تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ.

قال الحاكمُ [الشهيدُ][1] **في «الكافي»** [٥/٦٠و/م]: «ولا يَجوزُ بينَ الحُرِّ والعبدِ، ولا بينَ العبدَيْن، ولا بينَ المُكاتَبِ والحُرِّ، ولا بينَ المُكاتَبين، ولا بينَ الصَّبِيَّيْن وإنْ أذِنَ لهما أبوهما؛ لأن فيها ضمانًا»[2] إلى هنا لفْظُ الحاكمِ [الشهيدِ][3] رَحِمَهُ اللَّهُ.

يعني: أن العبدَ والمُكَاتَبَ والصبيَّ كلُّ واحدٍ منهم لا تَصِحُّ كفالتُه، والمُفَاوَضَةُ تتضمَّنُ الكَفالةَ، فلا تَصِحُّ مُفاوَضتُه.

قولُه: (وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَمْ تَصِحَّ الْمُفَاوَضَةُ - لِفَقْدِ شَرْطِهِ، وَلَا يُشْتَرَطُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٦٠].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن».

ذَلِكَ فِي الْعِنَانِ ـ كَانَ عِنَانًا لِاسْتِجْمَاعِ شَرَائِطِ الْعِنَانِ، إِذْ هُوَ قَدْ يَكُونُ خَاصًّا، وَقَدْ يَكُونُ عَامًّا.

قَالَ: وَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ ....

غاية البيان

ذَلِكَ فِي الْعِنَانِ ـ كَانَ عِنَانًا)، ذكَر هذا الكُلِّيَ لتَعْلَمَ: أنَّ كلَّ موضعٍ لا يَصِحُّ المُفَاوضةُ فيه ـ لفِقْدَانِ شَرْطِها وهو التساوي، وليس ذلك بشَرْطٍ في العِنَان ـ كان عِنَانًا؛ لأنه أتَىٰ بمعنَىٰ العِنَانِ بعبارةِ المُفَاوضةِ؛ لأن العِنَانَ قد يَكُونُ عامًّا في أنواعِ التجارةِ، وقد يكونُ خاصًّا في نوْعٍ منها، والمُفَاوضةُ [٢/٢٤و] عامَّةٌ فيها[1].

نظيرُه: ما ذكَر في **«الشامل»** في قِسْمِ **«المبسوط»**: وإنْ تفاوَض عبْدان، أو مسْلمٌ وذِمِّيٌّ؛ كان شَرِكَةَ عِنَانٍ.

قال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «وإذا فُقِدَ شرْطٌ مِن شروطِ المُفَاوضةِ ـ وذلك ليس بشرْطٍ في العِنانِ ـ كانت شَرِكَةَ عِنانٍ، لأنه أمكَن اعتبارُ العِنانِ بلَفْظٍ هو أعمُّ [منه][2]، كما يُمْكِنُ إثباتُ الخصوصِ بلَفْظِ العمومِ»[3].

قولُه: (قَالَ: وَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ)، **أي:** قال القدوريُّ في «مختصره»: «وتَنْعَقِدُ المُفَاوضةُ على الوكالةِ والكَفَالَةِ»[4]، **يعني:** أن كلَّ واحدٍ مِن الشرِيكَيْن يَكُونُ فيما باشَرَ وكيلًا عن الآخرِ، وكفيلًا عنه، أمَّا ثبوتُ الوكالةِ في المُفَاوضَةِ: فليس بأمرٍ خاصٍّ بها، بل الوكالةُ أمْرٌ عامٌّ في شَرِكَةِ العُقُودِ، يَثْبُتُ فيها سواءٌ كانت عِنَانًا أوْ مُفَاوضةً؛ ليتحَقَّقَ المَقْصُودُ مِن الشَّرِكَةِ، وهو تحصيلُ الرِّبْحِ، وهذا لأن الرِّبْحَ لا يَكُونُ إلا بالتصرُّفِ.

---

(١) وقع بالأصل: «عامَّة منها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣/٣٣].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٠].

....

ثم التصرُّفُ في مالِ الغيرِ لا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَكُونَ بوِلايةٍ أوْ وَكالةٍ، ولَمْ توجدِ الولايةُ، فتَثْبُتُ الوكالةُ، ثم الوكالةُ لا تَخْلُو إمَّا أنْ تَثْبُتَ نُطْقًا[1] أوْ حُكْمًا؛ ليَتحَقَّقَ المَقْصُودُ مِن الشَّرِكَةِ، ولَمْ يُوجَدِ النطْقُ، فتعَيَّن الثاني، فيَكُونُ كلُّ واحدٍ منهما وكيلًا عن صاحبِه في النصفِ.

وأمَّا ثبوتُ الكَفَالَةِ: فلتَحْقِيقِ معنى المُفَاوَضَةِ، وهو المساواةُ في أمرٍ هو مِن مَوَاجِبِ التجارةِ، وذلك الأمرُ هو توجُّهُ المطالبةِ نحوَها، فيَكُونُ كلُّ واحدٍ منهما كفيلًا عن الآخرِ فيما وجَبَ عليه بسببِ [٥/٦ظ/م] التجارةِ، والمرادُ بالكَفالةِ الثابتةِ في ضِمْنِ المُفَاوضةِ: أن يُطالِبَ كلُّ واحدٍ منهما بما باشَر به الآخَرُ في التجارةِ فحسبَ، أمَّا إذا كفَلَ أحدُهما بمالٍ عن أجنبيٍّ؛ لزِم الآخرَ عندَ أبي حَنِيفَةَ، خلافًا لصاحبَيْه، وسَنُبَيِّنُ ذلك بعدَ هذا إنْ شاء الله تعالى.

وجملةُ البيانِ هنا: ما قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»[2]: إن كلَّ واحدٍ منهما يَكُونُ كفيلًا عن صاحبِه فيما هو مِن ضَمانِ التجارةِ، أوْ مِن ضمانٍ يُشْبِهُ ضَمانَ التجارةِ، وصاحبُ الدَّيْنِ بالخيارِ: إنْ شاء أخَذ بدَيْنِه الذي لزِمه، وإنْ شاء أخَذ شريكَه المفاوضَ بحقِّ الكَفالةِ.

أمَّا ضَمانُ التجارةِ: فهو ثمَنُ المشْتَرىٰ في البيعِ الجائزِ، أوْ قيمتُه في البيعِ الفاسدِ، أوْ أُجْرةُ ما استأجَرَه[3].

وأمَّا ضَمانُ الذي يُشْبِهُ ضَمانَ التجارةِ: فهو ضَمانُ غَصْبٍ، أوْ ضَمانُ وَدِيعةٍ

---

(١) وقع بالأصل: «منطقًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٥٧].

(٣) وقع بالأصل: «أو استأجره». والمثبت من: «م»، و«غ».

[٢٣٨/ظ] أَمَّا الْوِكَالَةُ فَلِتَحَقُّقِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الشَّرِكَةُ فِي الْمَالِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا، وَالْكَفَالَةُ: لِتَحْقِيقِ الْمُسَاوَاةِ فِيمَا هُوَ مِنْ مَوَاجِبِ التِّجَارَاتِ، وَهُوَ تَوَجُّهُ الْمُطَالَبَةِ نَحْوَهُمَا جَمِيعًا.

قَالَ: وَمَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَكُونُ عَلَى الشِّرْكَةِ إِلَّا طَعَامَ أَهْلِهِ وَكِسْوَتَهُمْ وَكَذَا كُسْوَتُهُ، ....

غاية البيان

إذا جحَدَها أو استهلَكها[1]، لأن تقرُّرَ الضَّمانِ في هذه المواضعِ يُفِيدُ له تملُّكَ الأصلِ، فيَصِيرُ في معنَى التجارةِ، ولو لَحِقَ أحدَهما ضَمانٌ ليس مِن ضَمانِ التجارةِ، فلا يُؤْخَذُ به صاحبُه؛ كأُرُوشِ الجناياتِ، والمهرِ، والنفقةِ، وبدَلِ الخُلْعِ، والصُّلْحِ عن القِصَاصِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ)، إشارةٌ إلىٰ قولِه قبلَ صفحةٍ: **(لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا)**.

قولُه: (قَالَ: وَمَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَكُونُ عَلَى الشِّرْكَةِ إِلَّا طَعَامَ أَهْلِهِ وَكِسْوَتَهُمْ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[2].

وقال صاحبُ «الهداية»: (وَكَذَا كِسْوَتُهُ، وَكَذَا الإِدَامُ)، **يعني**: تكُونُ هذه الأشياءُ لأحدِ المُتفاوِضَيْنِ الذي اشتراهُ خاصَّةً، لا علىٰ الشَّرِكَةِ، لكن يُطالَبُ كلُّ واحدٍ منهُما بالثمَنِ، ألَا تَرَىٰ إلىٰ ما قال الكَرْخِيُّ في «**مختصره**»: «وإذا اشترىٰ أحدُهما طعامًا لأهْلِه، أوْ كسْوةً، أوْ ما لا بُدَّ لهم منه؛ فذلك[3] جائزٌ، وهو له خاصَّةً دونَ صاحبِه، وللبائعِ أنْ يُطالِبَ بثمنِ ذلك أيِّهما شاء، وكذلك إذا اشترىٰ

(١) وقع بالأصل: «واستهلَكها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٠].
(٣) وقع بالأصل: «فكذلك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

. . . .

أحدُهما جاريةً ليَطأَها بإذْنِ شريكِه، وليس له أنْ يَشْتَرِيَ جاريةً للوطءِ إذا لَمْ يأذنْ له شريكُه، فكذلك إذا اشترىٰ جاريةً للخدمةِ»[1] إلىٰ هنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ[2].

والقياسُ: أن يقعَ المشْتَرَىٰ مُشْتركًا بينَهُما؛ لأن [٢/٢٤ظ] قضيَّةَ عَقْدِ المُفَاوَضَةِ: المساواةُ فيما يَصِحُّ فيه الاشتراكُ، والأشياءُ المذكورةُ مما يَصِحُّ فيه الاشتراكُ كسائرِ الأعيانِ إلا أنهم استحْسَنُوا [٥/٧و/م] وقالوا: لا تَقَعُ هذه الأشياءُ مُشْتركةً؛ لأن الضرورةَ داعيةٌ إلىٰ شراءِ القُوتِ والكُسْوةِ وما لا بُدَّ منه، فكانت مُسْتَثْناةً بالضرورةِ عن المُفَاوضةِ، فكانت خاصَّةً بالمشتَرِي، لكنَّ البائعَ يُطالِبُ بالثمَنِ أيَّهُما شاء؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ مِن شريكَيِ المُفَاوضةِ كفِيلٌ عن الآخَرِ فيما يَصِحُّ فيه الاشتراكُ.

وهذه الأشياءُ يَصِحُّ فيها الاشتراكُ، وإنِ اختصَّ به المشتَرِي للضرورةِ، ثم يَرْجِعُ الشريكُ بما قضَىٰ علىٰ صاحبِه المشتَرِي، لأنه قضَىٰ دَيْنَه مِن مالِه، وليس لواحدٍ منهما أن يَشتَرِيَ جاريةً للوطءِ أوْ للخدمةِ إلا بإذْنِ الشريكِ لانعدامِ الضرورةِ، فإنِ اشتَرىٰ بالإذْنِ فهي له خاصَّةٌ، والبائعُ يُطالِبُ بالثمنِ أيَّهُما شاء، ولا يَضْمَنُ المشتَرِي نصفَ الثمنِ للآخَرِ إنْ أدَّىٰ مِن مالِ الشَّرِكَةِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وقالا: يَرْجِعُ صاحبُه عليه بنصفِ الثمنِ، لأنه قضَىٰ دَيْنَه مِن مالِ المُفَاوضةِ، فصار كثمَنِ الطعامِ والكُسْوةِ.

ولأبي حَنِيفَةَ: أن شراءَ الجاريةِ وقَع علىٰ الشَّرِكَةِ في الأصلِ لعدمِ الضرورةِ فيها، إلا أن الشريكَ مَلَّك نصيبَه للمشتَرِي بالإذْنِ، ووَهَبَه له فلا رجوعَ، كذا

---

(١) ينظر: «الإيضاح شرح مختصر الكرخي» للكرماني [ق/١٤١/ب].

(٢) ينظر: «المبسوط» [١١/٢٠٩، ٢١٠]، «تحفة الفقهاء» [٣/١٠]، «بدائع الصنائع» [٥/١٠٠، ١٠١]، «شرح مجمع البحرين» [٤/١٥١١]، «فتح القدير» [٦/١٩٨].

وَكَذَا الْإِدَامُ لِأَنَّ مُقْتَضَى العَقْدِ الْمُسَاوَاةُ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَائِمٌ مَقَامَ صَاحِبِهِ فِي التَّصَرُّفِ، فَكَانَ شِرَاءُ أَحَدِهِمَا كَشِرَائِهِمَا، إِلَّا مَا اسْتَثْنَاهُ فِي الْكِتَابِ، وَهُوَ اسْتِحْسَانٌ؛ لِأَنَّهُ مُسْتَثْنًى عَنِ الْمُفَاوَضَةِ لِلضَّرُورَةِ، فَإِنَّ الْحَاجَةَ الرَّاتِبَةَ مَعْلُومَةُ الْوُقُوعِ، وَلَا يُمْكِنُ إِيجَابُهُ عَلَى صَاحِبِهِ، وَلَا الصَّرْفُ مِنْ مَالِهِ، ....

غاية البيان

في «المختلف»[1].

قال البَيْهَقِيُّ في «كفايته»: «كأنه قال: اشْتَرِ الجارية بيننا، وقد ملَّكْتُكَ نصيبي، فيَكُونُ هِبَةً».

وقال في «مختصر الكَرْخِيِّ»[2]: وإنِ اشترى أحدُهما جاريةً للوطءِ بإذْنِ شريكِه، فاستولَدَها، ثم استُحِقَّتْ؛ فعلَى الواطِءِ العُقْرُ، يَأْخُذُ المُسْتَحِقُّ بالعُقرِ أيَّهما شاء؛ لأن هذا دَيْنٌ مِن البيعِ والشراءِ، وليس هذا كالمهرِ في النِّكَاحِ، وذلك لأنه لولا الشراءُ لوجَب الحَدُّ دونَ العُقرِ، وإنما وجَبَ العُقْرُ لأجْلِ الشراءِ فكان الآخَرُ كفيلًا عنه، كذا في «الشامل».

قولُه (لِأَنَّ مُقْتَضَى العَقْدِ الْمُسَاوَاةُ) دليلُ قولِه: (يَكُونُ عَلَى الشِّرْكَةِ).

قولُه: (فَإِنَّ الْحَاجَةَ الرَّاتِبَةَ)، أي: الدائمةَ، مِن قولِهم: رَتَبَ الشيءُ إذا استقرَّ ودامَ، وأمرٌ تُرْتَبٌ[3] دائمٌ ثابتٌ.

قولُه: (وَلَا يُمْكِنُ إِيجَابُهُ عَلَى صَاحِبِهِ، وَلَا الصَّرْفُ مِنْ مَالِهِ)، أي: لا يُمْكِنُ

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٣٥٨].

(٢) ينظر: شرح «مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٩٠]، «الإيضاح شرح مختصر الكرخي» للكرماني [ق/ ١٤١/ب].

(٣) التُّرْتَبُ ـ كَقُنْفَذ وجُنْدَبٍ ـ: الشيء المقيم الثابت، وأَمْرٌ تُرْتَبٌ ـ على تُفْعَل بضمِّ التاء وفتحِ العين ـ أَي: ثَابِت. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٢/١٥/مادة: ترتب].

وَلا بُدَّ مِنَ الشِّرَاءِ فَيَخْتَصُّ بِهِ ضَرُورَةً. وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ عَلَى الشَّرِكَةِ لِمَا بيّنّا، وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ أَيَّهُمَا شَاءَ الْمُشْتَرِي بِالْأَصَالَةِ وَصَاحِبُهُ بِالْكَفَالَةِ، وَيَرْجِعُ الْكَفِيلُ عَلَى الْمُشْتَرِي بِحِصَّتِهِ مِمَّا أَدَّى؛ لِأَنَّهُ قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِ مِنْ مَالٍ مُشْتَرَكٍ بَيْنَهُمَا.

قَالَ: وَمَا يَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الدُّيُونِ بَدَلًا عَمَّا يَصِحُّ فِيهِ الِاشْتِرَاكُ؛ فَالْآخَرُ ضَامِنٌ لَهُ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ، ....

غاية البيان

إيجابُ شراءِ أحدِ المُتفاوِضَيْنِ على صاحبِه، ولا يُمْكِنُ صَرْفُ الثمنِ مِن مالِ صاحبِه.

قولُه: (وَلَا بُدَّ مِنَ الشِّرَاءِ)، أي: مِن شراءِ طعامِ الأهلِ وكِسْوتِهم.

قولُه: (فَيَخْتَصُّ بِهِ ضَرُورَةً)، أي: يَخْتَصُّ [٥/٧ظ/م] المشتَرِي بالطعامِ والكِسْوةِ ضرورةَ أنه لا بُدَّ مِن شراءِ ذلك.

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا)، إشارةٌ إلى قولِه: (**لِأَنَّ مُقْتَضَى الْعَقْدِ الْمُسَاوَاةُ**).

قولُه: (وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ أَيَّهُمَا شَاءَ)، يعني: يُطالِبُ البائعُ بثمنِ الطعامِ والكِسْوةِ والإدامِ أيَّ المُتفاوِضَيْنِ شاء، فإنْ شاءَ طالَبَ المشتَرِي وهو الأصلُ، وإنْ شاء طالَبَ صاحبَه، وهو كفيلٌ عنه، ثم يَرْجِعُ بحِصَّتِه على المشتَرِي مما أدَّى مِن مالِ الشَّرِكَةِ؛ لأنه قضَى دَيْنَه، وإنْ كان يَقَعُ الشراءُ للمشتَرِي خاصَّةً.

قولُه: (قَالَ: وَمَا يَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الدُّيُونِ بَدَلًا عَمَّا يَصِحُّ فِيهِ الِاشْتِرَاكُ؛ فَالْآخَرُ ضَامِنٌ لَهُ).

اعلم: أن الدَّيْنَ إذا لزِم أحدَ المُتفاوِضَيْنِ بدَلًا عما يَصِحُّ فيه الشَّرِكَةُ؛ فالآخَرُ ضامنٌ له، كثمنِ المشترَى في البيعِ الجائزِ، وقيمتِه في البيعِ الفاسدِ، وأُجْرةِ المُسْتَأْجِرِ، وهو معنى قولِه: (**فَمِمَّا يَصِحُّ الِاشْتِرَاكُ: الشِّرَاءُ، وَالْبَيْعُ، وَالِاسْتِئْجَارُ**).

. . . .

وإذا كان الدَّيْنُ بدَلًا عمَّا لا يَصِحُّ فيه الشَّرِكَةُ؛ فالآخرُ ليس بضامِنٍ له، كأُرُوشِ الجناياتِ، والمهرِ، والنفقةِ، وبدَلَ الخُلْعِ، والصُّلْحِ [٢/٢٥و] عن القِصاصِ، لأنها لَمْ تَدْخُلْ تحتَ المُفَاوضةِ؛ لأنها ليست بتجارةٍ، وهذا معنَىٰ قولِه: (وَمِنَ الْقِسْمِ الآخَرِ: الْجِنَايَةُ، وَالنِّكَاحُ، وَالْخُلْعُ، وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ، وَعَنِ النَّفَقَةِ).

وقد استوفَيْنا بيانَ هذا عندَ قولِه: «قَالَ: وَتَنْعَقِدُ عَلَىٰ الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ».

ولنا في عبارةِ صاحبِ «**الهداية**» نظرٌ؛ لأن حقَّ الكلامِ أنْ يَقُولَ: «فمِمَّا يَصِحُّ فيه الاشتراكُ: ثمنُ المشتَرَىٰ، وأُجْرةُ ما استأجَر»؛ لأنه هو الدَّيْنُ الواقعُ بدلًا عمَّا يَصِحُّ فيه الاشتراكُ لا الشراءُ[١] نفْسُه، ولا الاستئجارُ.

وكذلك حقُّ الكلامِ أنْ يَقُولَ: «ومِن القسمِ الآخَرِ أَرْشُ الجنايةِ، والمهرُ، والنفقةُ»... إلىٰ آخرِ ما قُلنا؛ لأنها هي الديونُ الواقعةُ بدَلًا عمَّا لا يَصْلُحُ فيه الاشتراكُ، لا الجنايةُ والنِّكَاحُ والخلعُ أنفسُها... إلىٰ آخرِ ما قال، فيُعْلَمُ بأدنَىٰ فِكْرٍ إنْ شاء اللهُ تعالىٰ، أمَّا ضَمانُ الغَصْبِ والاستهلاكُ والإقرارُ: فإنه يَلْزَمُ[٢] الشريكَ أيضًا ضمانُه.

قال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «روَىٰ الحسنُ بنُ أبي مالكٍ وعلِيُّ بنُ الجعْدِ عن أبي يوسفَ: أن الغَصْبَ والاستهلاكَ لا يَلْزَمُ إلا فاعلَه دونَ شريكِه، وكذا الإقرارُ [٥/٨و/م] بذلك، وقولُ أبي يوسفَ في روايةِ محمَّدٍ في «**الأصول**»: مِثْلُ قولِ أبي حَنِيفَةَ في الغَصْبِ»[٣]. إلىٰ هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ رحمه الله.

---

(١) وقع بالأصل: «لأن الشراء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «لَمْ يلزم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٨٩].

فَمِمَّا يَصِحُّ الِاشْتِرَاكُ فِيهِ الشِّرَاءُ وَالْبَيْعُ وَالِاسْتِئْجَارُ، وَمِنَ الْقِسْمِ الْآخَرِ الْجِنَايَةُ وَالنِّكَاحُ وَالْخُلْعُ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ وَعَنِ النَّفَقَةِ.

قَالَ: وَلَوْ كَفَلَ أَحَدُهُمَا بِمَالٍ عَنْ أَجْنَبِيٍّ لَزِمَ صَاحِبَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَقَالَا: لَا يَلْزَمُ؛ ....

غاية البيان

ووجهُ الظاهرِ: أن ضمانَ الغَصْبِ يُشْبِهُ[1] ضمانَ التجارةِ، وقد مَرَّ بيانُه قَبلَ هذا.

ووجهُ ما رُوِيَ عن أبي يوسفَ: أنه ضَمانٌ يَتعَلَّقُ بالفعلِ، فلا يَلْزَمُ الشريكَ؛ كضمانِ الجنايةِ.

قولُه: (وَمِنَ الْقِسْمِ الْآخَرِ)، أي: مما لا يَصِحُّ فيه الاشتراكُ.

قولُه: (الْجِنَايَةُ)، أراد بها: الجنايةَ على بني آدمَ؛ لأن ضَمانَ الغَصْبِ يَلْزَمُ الشريكَ، وهو الظاهرُ، وقد مَرَّ آنفًا.

قولُه: (قال: وَلَوْ كَفَلَ أَحَدُهُمَا بِمَالٍ عَنْ أَجْنَبِيٍّ؛ لَزِمَ صَاحِبَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

وَقَالَا: لَا يَلْزَمُ)[2]، وهذه من مسائلِ «الجامع الصغير» ذكرَها في كتابِ الكَفالةِ[3].

قال الفقيهُ أبو الليثِ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وهذا إذا كفَل بإذْنِ المكفولِ عنه، وإنْ كفَل بغيرِ إذْنِ المكفولِ عنه؛ يَنْبَغِي ألَّا يَجِبَ على صاحبِه في قولِهم جميعًا».

(١) وقع بالأصل: «الغصب نسبة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/ ١٤١]، «البناية شرح الهداية» [٧/٣٨٣]، «فتح القدير» [٦/١٦٢]، «مجمع الضمانات» [ص/ ٢٩٤].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٧٦].

....

وقال في «شرح الطَّحاويِّ»: «إنْ كانتِ الكَفَالَةُ بالنفسِ؛ فلا يُؤَاخَذُ به صاحبُه بالإجماعِ»(١).

وجهُ قولِهما: أن هذا دَيْنٌ لزم أحدَهما لا على وجهِ التجارةِ، فلا يَلْزَمُ الآخرَ؛ كأَرْشِ الجنايةِ والمهرِ، وهذا لأن الكَفَالةَ تبرُّعٌ؛ بدليلِ أنها لا تَلْزَمُ مَن ليس من أهلِ التبرُّعِ؛ كالصبيِّ والعبدِ المأذونِ، ولهذا لو وقعَتْ في مرضِ الموتِ؛ يُعْتَبرُ مِن الثلثِ، وتبرُّعُ أحدِهما على صاحبِه لا يَجُوزُ.

ألَا تَرَىٰ أنه لو أعتَق أحدُهما عبْدًا مِن شَرِكَتِهما، أوْ وهَب أوْ تصدَّق إنما يَجُوزُ ذلك في حصَّتِه خاصَّةً، لا في حِصَّةِ شريكِه، كذا في «**شرح الطَّحاويِّ**»، فَلَمْ يَلْزَمِ الكَفَالَةُ بالمالِ علىٰ صاحبِه، كالكَفالةِ بالنفسِ والإقْراضِ.

ووجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أن الكَفالةَ بالمالِ تَبَرُّعٌ ابتداءً، مُعَاوَضَةٌ انتهاءً.

بيانُ كونِها تبرُّعًا: أن المريضَ لو كَفَل؛ يُعْتَبرُ مِن الثلثِ، ولو كفَل العبدُ المأذونُ؛ لا يَجُوزُ كفالَتُه.

وبيانُ كونِها مُعَاوَضَةً: أنه يُجْبَرُ علىٰ الأداءِ، وإذا أَدَّىٰ عن المَكْفُولِ عنه؛ رجَع عليه إذا كانتِ الكَفَالَةُ بأمْرِه، فلَمَّا كانت مُعَاوَضَةً في حالِ البقاءِ؛ كانت في معنىٰ ضَمانِ التجارةِ؛ لأن لزومَ الكَفَالَةِ علىٰ [٥/٨ظ/م] صاحبِه يُلاقِي حالةَ البقاءِ، فلزمَتْ صاحبَه.

ولأجلِ أنَّها مُعَاوَضَةٌ في حالةِ البقاءِ: صحَّ إقرارُ المريضِ مرضَ الموتِ فيه [٢/٢٥ظ] بالكفالةِ بالمالِ مِن جميعِ المالِ، بخلافِ إنشائِه بها فيه(٢)، حيثُ يُعْتَبرُ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٥٧].

(٢) وقع بالأصل: «إنشائها فيه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

....

غاية البيان

مِن الثلثِ، فصار الكَفَالَةُ بالمالِ مِن أحدِ المُتفاوِضَيْنَ كدَيْنِ الغَصْبِ والقَرْضِ، وليس هي كالكفالةِ بالنفسِ؛ لأنها تَبَرُّعٌ ابتداءً وبقاءً.

والجوابُ عن قياسِهما على الإقْرَاضِ فنَقُولُ: لَا نُسَلِّمُ أنه[1] لا يَلْزَمُ عندَ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، بل هو يَلْزَمُ على روايةِ الحسنِ، حتى لو أقرض أحدُ المُتفاوِضَيْنَ؛ جاز عليه وعلى شريكِه، ولا يَضْمَنُ لشريكِه شيئًا، وهو مذهبُ محمدٍ أيضًا.

وعندَ أبي يوسفَ: لا يَجُوزُ، كذا في «**الإيضاح**»[2]، و«**كفاية البيهقي**».

ولئِنْ سَلَّمْنَا أن الإقْرَاضَ لا يَلْزَمُ على صاحبِه عندَ أبي حَنِيفَةَ؛ فنقُولُ: الفرقُ[3] بينَهُ وبينَ الكَفالةِ بالمالِ ظاهرٌ؛ لأنَّ الكَفالةَ في معنى ضَمانِ التجارةِ لِمَا قلنا، فكان مُفَاوضةً بخلافِ الإقْرَاضِ؛ فإنه[4] تَبَرُّعٌ محْضٌ، ليس فيه معنى المعَاوضَةِ[5]، ولهذا كان لمِثْلِ القَرْضِ حُكْمُ العينِ، إذْ لو لَمْ يَكُنْ كذلك؛ كان بَيْعَ النقدِ بالنَّسِيئَةِ[6] في الأموالِ الرِّبَوِيَّةِ.

فَعُلِمَ: أن له حُكْمَ العينِ لا حُكْمَ البدَلِ[7]، فكان الإقْرَاضُ إعارةً لا مُفَاوضةً، أَلَا تَرَى أن الإقْرَاضَ لا يَصِحُّ فيه التأجيلُ؛ لأنه لو صحَّ يَلْزَمُ الجَبْرُ فيما فيه تَبَرُّعٌ، وهو فاسدٌ، فلَمَّا ظهَر الفرقُ بينَ الكَفالةِ بالمالِ، وبينَ الإقْرَاضِ؛ فسَد قياسُها عليه.

---

(١) وقع بالأصل: «أنه لَا نُسَلِّم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٢) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/ ١٤١/ب].
(٣) وقع بالأصل: «القرض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٤) وقع بالأصل: «فإنها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٥) وقع بالأصل: «المُفَاوَضَة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٦) وقع بالأصل: «بالنسبة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٧) وقع بالأصل: «البدن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ، وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ الْمَأْذُونِ وَالْمُكَاتَبِ، وَلَوْ صَدَرَ مِنَ الْمَرِيضِ؛ يَصِحُّ مِنَ الثُّلُثِ وَصَارَ كَالإِقْرَاضِ وَالْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ. ولأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً وَمُعَاوَضَةٌ بَقَاءً؛ لِأَنَّهُ يَسْتَوْجِبُ الضَّمانَ بِمَا يُؤَدِّي عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ إذَا كَانَتِ الْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ، فَبِالنَّظَرِ إِلَى الْبَقَاءِ يَتَضَمَّنُهُ الْمُفَاوَضَةُ فَتَصِحُّ، وَبِالنَّظَرِ إِلَى الِابْتِدَاءِ لَمْ تَصِحَّ مِمَّنْ ذَكَرَهُ، وَتَصِحُّ مِنَ الثُّلُثِ مِنَ الْمَرِيضِ، بِخِلَافِ الْكَفَالَةِ بِالنَّفْسِ؛ لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً.

غاية البيان

قولُه: (لِأَنَّهُ تَبَرُّعٌ) أي: لأنَّ عقدَ الكَفَالةِ تَبَرُّعٌ، (وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ مِنَ الصَّبِيِّ)، إيضاحٌ لكونِ الكَفَالَةِ تبرُّعًا.

قولُه: (وَلَوْ صَدَرَ مِنَ الْمَرِيضِ؛ يَصِحُّ مِنَ الثُّلُثِ)، وهذا أيضًا إيضاحٌ لكونِ الكَفَالَةِ تبرُّعًا، وإنما ذكَّرَ الفعلَ ـ أعني: قولَه: (صَدَرَ) بلَفْظِ التذكيرِ ـ على تأويلِ عقْدِ الكَفالةِ، والمرادُ مِن المريضِ: هو المريضُ مرضَ الموتِ.

قولُه: (فَصَارَ كَالإِقْرَاضِ)، **أي:** صار عقْدُ الكَفالةِ بالمالِ كالإِقْرَاضِ مِن حيثُ لا يَلْزَمانِ الشَّرِيكَ.

قولُه: (لِأَنَّهُ يَسْتَوْجِبُ الضَّمانَ بِمَا يُؤَدِّي عَلَى الْمَكْفُولِ عَنْهُ إذَا كَانَتِ الْكَفَالَةُ بِأَمْرِهِ)، هذا تعليلٌ لكونِ الكَفالةِ مُفَاوضةً بقاءً، يعني: أن الكفيلَ يَسْتَحِقُّ الضمانَ عن المكفولِ عنه بما[1] يُؤَدِّي عن المكفولِ عنه، حيثُ يَرْجِعُ الكفيلُ عليه بما أَدَّى [٥/٩و/م]، إذا كانَتِ الكفالةُ بأمْرِ المكفولِ عنه، فكان الكفالةُ مُفَاوضَةً بقاءً، وضَمانُ المُفَاوضةِ يَجِبُ على صاحبِ المُفَاوضِ.

قولُه: (مِمَّنْ ذَكَرَهُ[2])، **أي:** ذكَره أبو يوسفَ ومحمدٌ، وكان القياسُ أنْ يَقُولَ:

---

(١) وقع بالأصل: «ما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «مِمَّنْ ذَكَرَ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَأَمَّا الإِقْرَاضُ: فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ يَلْزَمُ صَاحِبَهُ، وَلَوْ سَلِمَ فَهُوَ إِعَارَةٌ، فَيَكُونُ لِمِثْلِهَا حُكْمُ عَيْنِهَا لَا حُكْمَ الْبَدَلِ حَتَّىٰ لَا يَصِحَّ فِيهِ الْأَجَلُ، فَلَا يَتَحَقَّقُ الْمُعَاوَضَةُ، وَلَوْ كَانَتِ الْكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ؛ لَمْ يَلْزَمْ صَاحِبَهُ فِي الصَّحِيحِ؛

غاية البيان

«ذكَراه» بضميرِ الاثنين، أو القياسُ: أنْ يَتْرُكَ الضميرَ المنصوبَ، ويذْكُرَ الفعلَ علىٰ صيغةِ المبْنِيِّ للمفعولِ، فلعلَّه وقَع هكذا مِن قلَمِ الكاتبِ[1].

قولُه: (وَأَمَّا الإِقْرَاضُ: فَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أَنَّهُ يَلْزَمُ صَاحِبَهُ)، وهو روايةُ الحسنِ، وقد مَرَّتْ آنفًا، هذا جوابٌ بطريقِ المنعِ، والمرادُ بمَنْ ذكَره: الصبيُّ والعبدُ المأذونُ والمُكاتَبُ، وقولُه: (وَلَوْ سَلِمَ): هذا جوابٌ بطريقِ التسليمِ وبيانُه اندرَج فيما بَيَّنَّا.

قال الفقيهُ أبو الليثِ في «كتاب العيون»: «روىٰ الحسنُ بنُ زيادٍ عن أبي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ قال: إذا أقرَض أحدُ المُتَفاوِضَيْن؛ جاز ذلك عليهما»[2].

قال الفقيهُ أبو الليثِ في «كتاب العيون»: هذا خلافُ روايةِ كتاب «المبسوط».

قولُه: (وَلَوْ كَانَتِ الْكَفَالَةُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ؛ لَمْ يَلْزَمْ صَاحِبَهُ فِي الصَّحِيحِ)[3]، وهذا إشارةٌ إلىٰ اختلافِ المشايخِ فيما ذكَر محمدٌ في «الجامع الصغير»[4]، يعني: إذا كفَل أحدُ المُتَفاوِضَيْن بمالٍ عن أجنبيٍّ، إنما يَلْزَمُ ذلك عندَ أبي حَنِيفَةَ إذا كانتِ

(١) هذا نظَرٌ ثاقبٌ مِن المؤلِّف، فقد وقَع اللفظُ علىٰ القياس الذي ذكَره هنا: «ذَكَرَاه»، في نسخة «الهداية» المنقولة عن نسخة المرْغِينَانِيّ [١/ق٢٤٥/أ/ مخطوط جامعة برنستون - أمريكا/ (رقم الحفظ: ٣٥٩٣)].

(٢) ينظر: «عيون المسائل» للسمرقندي [ص/ ٣٨٨].

(٣) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٦/١٦٣]، «فتح القدير» لابن الهمام [٦/١٦٣]، «مجمع الضمانات» [ص/ ٢٩٤]، «البحر الرائق» [٥/١٨٤].

(٤) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٧٤].

لِانْعِدَامِ مَعْنَىٰ الْمُفَاوَضَةِ. وَمُطْلَقُ الْجَوَابِ فِي الْكِتَابِ مَحْمُولٌ عَلَىٰ الْمُقَيَّدِ، وَضَمانُ الْغَصْبِ وَالِاسْتِهْلَاكُ بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ مُعَاوَضَةٌ انْتِهَاءً.

قَالَ: وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا مَالًا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ، أَوْ وُهِبَ لَهُ وَوَصَلَ

الكَفَالَةُ بأَمْرِ [٢/٢٦و] المَكْفُولِ عنه، فإذا كانتِ [الكَفَالَةُ][1] بغيرِ أَمْرِه؛ لَمْ يَلْزَمْ صاحبَه؛ لانعدامِ معنى المُفَاوضَةِ.

وإليه ذهبَ الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرح الجامع الصغير**»، وتَبِعه صاحبُ «**الهداية**» فقال: مُطْلَقُ جَوَابِ كِتَابِ: «**الجامع الصغير**» عن قَيْدِ الكَفَالَةِ بأَمْرِ المَكْفُولِ عنه على هذا القيدِ، وهو ما إذا كانتِ الكَفَالَةُ بأمْرِ المَكْفُولِ عنه، وعامَّةُ المشايخِ لَمْ يُفرِّقُوا في «**شروح الجامع الصغير**» بينَهُما إذا كانت بأمْرِه، أوْ بغيرِ [أمْرِه][2]؛ لإطلاقِ جوابِ كتابِ «**الجامع الصغير**».

قولُه: (وَضَمانُ الْغَصْبِ وَالِاسْتِهْلَاكُ: بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ).

اعلم: أن ضَمانَ الغَصْبِ والاِسْتِهْلَاكَ يَلْزَمُ الشَّرِيكَ في **ظاهرِ الروايةِ**.

وعن أبي يوسفَ: أنه لا يَلْزَمُهُ، وقد مَرَّ بيانُه عندَ قولِه: (**وَمَا يَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الدُّيُونِ بَدَلًا عَمَّا يَصِحُّ فِيهِ الاشْتِرَاكُ**)، وضَمانُ الكَفَالَةِ يَلْزَمُ الشَّرِيكَ عندَ أبي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، خلافًا لصاحبَيْه.

[٥/٩ظ/م] **وكان حقُّ الكلامِ أنْ يَقُولَ**: وضَمانُ الغَصْبِ والاِسْتِهْلَاكُ بمنزلةِ التجارةِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ، خلافًا لأبي يوسفَ في غيرِ **روايةِ الأصولِ**، فافْهَمْهُ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا مَالًا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَة، أَوْ وَهَبَ لَهُ وَوَصَلَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن».

إِلَىٰ يَدِهِ؛ بَطَلَتِ الْمُفَاوَضَةُ وَصَارَتْ عِنَانًا لِفَوَاتِ الْمُسَاوَاةِ فِيمَا يَصْلُحُ رَأْسَ الْمَالِ إِذْ هِيَ شَرْطٌ فِيهِ ابْتِدَاءً وَبَقَاءً؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْآخَرَ لَا يُشَارِكُهُ فِيمَا أَصَابَهُ، لِانْعِدَامِ السَّبَبِ فِي حَقِّهِ، إِلَّا أَنَّهَا انْقَلَبَتْ عَنَانًا لِلْإِمْكَانِ، فَإِنَّ الْمُسَاوَاةَ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهِ، وَلِدَوَامِهِ حُكْمُ الِابْتِدَاءِ لِكَوْنِهِ غَيْرَ لَازِمٍ.

غاية البيان

إِلَىٰ يَدِهِ؛ بَطَلَتِ الْمُفَاوَضَةُ وَصَارَتْ عِنَانًا)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1]، أي: صارَت الشَّرِكَةُ عِنَانًا.

وقولُه: (مَالًا) نكرةٌ موصوفةٌ، صفتُها الجملةُ الفعليَّةُ بعدَه.

قال في «شرح الطَّحاويِّ»[2]: «ولو استفاد أحدُهما مالًا بِالمِيرَاثِ، أوْ بِالهِبَةِ، أوْ بِالوَصِيَّةِ أوْ بالصدقةِ؛ فإنه يُنْظَرُ: إنْ كان ذلك [المالُ][3] ممَّا لا يَقَعُ عليه عقْدُ الشَّرِكَةِ؛ لَمْ تَبْطُلِ المُفَاوضَةُ، وإنْ كان ممَّا يَقَعُ عليه عقْدُ الشَّرِكَةِ؛ لَمْ تَبْطُلْ أيضًا حتَّىٰ يَصِلَ إلىٰ يدِه، فإذا وَصَل إلىٰ يدِه؛ بطلَتِ المُفَاوضةُ، وصارَتْ شركتُهما عِنَانًا في جميعِ التجاراتِ؛ لأن الأصلَ أن المُفَاوضةَ إذا فسدَتْ؛ صارَتْ عِنَانًا.

وكذلك لو كان رأسُ مالِ أحدِهما دراهمَ، ورأسُ مالِ الآخَرِ دنانيرَ، وقيمتُهما سواءٌ، ثم ازدادَتْ قِيمَةُ الدنانيرِ، أو انتقصَتْ قبْلَ الشراءِ بالدنانيرِ؛ فسدَتِ المُفَاوضةُ؛ لأن الدنانيرَ باقيةٌ علىٰ مِلْكِ صاحبِها، فلَمَّا ازدادَتْ أو انتقصَتْ؛ فقد زاد[4] مالُ أحدِهما.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٠].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٥٩].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) وقع بالأصل و«م»: «فقد زال». والمثبت من: «ن»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [ق٢٥٩/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم=

وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا عَرَضًا فَهُوَ لَهُ وَلَا تَفْسَدُ الْمُفَاوَضَةُ وَكَذَا الْعَقَارُ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ فَلَا تُشْتَرَطُ الْمُسَاوَاةُ فِيهِ.

غاية البيان

ولو ازدادَتْ أو انتقصَتْ بعدَ الشراءِ بها ؛ فإنه[1] لا يُوجِبُ فسادَ المُفَاوضةِ ؛ لأن المشترَىٰ بالدنانيرِ صار بينَهُما نصفَيْن ، فلا تُعْتَبرُ قِيمَةُ الدنانيرِ بعدَ ذلك»[2] وقد مَرَّ مِثْلُ ذلك هذا البيانِ عندَ قولِه: (فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ الْمُسَاوَاةِ) فيُنْظَرُ ثَمَّةَ.

قولُه: (وَإِنْ وَرِثَ أَحَدُهُمَا عَرَضًا ؛ فَهُوَ لَهُ ، وَلَا تَفْسُدُ الْمُفَاوَضَةُ ، وَكَذَا الْعَقَارُ) ، أي: العقَارُ حُكْمُه في الإرْثِ حُكْمُ العَرَضِ لا تُفْسُدُ به المُفَاوضةُ ، ذكر هذا تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ.

قال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «وإنْ وَرِث عَرَضًا ، أوْ ديونًا ؛ لَمْ تَبْطُلْ ما لَمْ يقْبِضِ الديونَ ؛ لأنه لا يَصْلُحُ رأسَ المالِ في الابتداءِ ، فلا يَبْطُلُ العقْدُ حالةَ البقاءِ»[3].

وقال في «العيون»: «قال ابنُ أبي ليْلَىٰ: إذا وَرِثَ أحدُهما مالًا ؛ فهو بينَهُما. وقال أصحابُنا: هو للذي[4] وَرِثَهُ»[5].

= الحفظ: ٨٠٣)]. أو [ق٢٣٩/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٨)].

(١) وقع بالأصل: «فإنها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) انتهىٰ النقل من «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [ق٢٥٩/ب].

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الولوالجية» [٢٣/٣].

(٤) وقع بالأصل: «هو الذي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «عُيُون الْمَسائل» لأبي الليث السمرقندي.

(٥) ينظر: «عُيُون الْمَسَائِل» لأبي الليث السمرقندي [ص/ ٣٨٨].

فَصْلٌ

وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ، وَالدَّنَانِيرِ، وَالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ.

غاية البيان

فَصْلٌ

قولُه: (وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ، وَالدَّنَانِيرِ، وَالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ) [٥/١٠و/م]، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[١].

ونَقَل صاحبُ «الهداية»: أنها تَجُوزُ عندَ مالكٍ[٢]: (بِالْعُرُوضِ، وَالْمَكِيلِ، وَالْمَوْزُونِ أيضًا إِذَا كَانَ الْجِنْسُ وَاحِدًا).

وقال في «وجيزهم»: «والأَقْيَسُ: أنه يَجُوزُ في كلِّ مالٍ»[٣].

يعني: شَرِكَةَ العِنَانِ؛ لأنَّ المُفَاوضَةَ لا تَجُوزُ عندَ [٢/٢٦ظ] الشَّافِعيِّ.

وقال في «شرح الطَّحاويِّ»: «وعندَ ابنِ أبي ليلىٰ تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بالعُرُوضِ»[٤].

وقال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «شرْطُ جوازِ شَرِكَةِ المُفَاوضَةِ والعِنَانِ: أن يَكُونَ رأسُ مالِ كلِّ واحدٍ منهما دنانيرَ، أوْ دراهمَ حاضرًا في المجلسِ، أوْ غائبًا عن المجلسِ، والمالُ وَقْتَ العقدِ ليس بشرْطِ صحَّةِ الشَّرِكَةِ، بل الشرطُ وَقْتَ الشراءِ، حتىٰ لو دفَع ألفَ درهمٍ إلىٰ رَجُلٍ، وقال: أَخْرِجْ مِثلَها، واشْتَرِ وبعْ، [فما ربِحْتَ][٥]

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٠ - ١١١].

(٢) مذهب مالك: جواز الشَّرِكَة بما سوىٰ الطعام والشراب مِن سائر العُرُوض مما يُكال أوْ يُوزَن، أوْ لا يُكال ولا يُوزن؛ وسواء كان مِن صنفٍ واحدٍ أوْ صنفَيْن إذا اتفقَتِ القِيَم. ينظر: «الجامع لمسائل المدونة» لابن يونس [٢٩٨/١٦]. و«المختصر الفقهي» لابن عرفة [١٥/٧].

(٣) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» لأبي حامد الغزالي [١٨٧/٥].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٥٧].

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَقَالَ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَجُوزُ بِالْعُرُوضِ وَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ أَيْضًا، إِذَا كَانَ الْجِنْسُ وَاحِدًا؛ لأَنَّهَا عُقِدَتْ عَلَىٰ رَأْسِ مَالٍ مَعْلُومٍ فَأَشْبَهَ النُّقُودَ، بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ يَأْبَاهَا لِمَا فِيهَا مِنْ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ. فَيُقْتَصَرُ عَلَىٰ مَوْرِدِ الشَّرْعِ.

غاية البيان

فهو بينَنا، ففَعل؛ صحَّتِ الشَّرِكَةُ؛ لقيامِ الشَّرِكَةِ عندَ المَقْصُودِ»[1].

وَجهُ قولِ مالكٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن النقودَ تَنْعَقِدُ بها الشَّرِكَةُ؛ لأنَّ رأسَ المالِ معلومٌ[2]، فكذلك العُروضُ ونحوُها مما ليس بنَقْدٍ؛ لأنها معلومٌ قيمتُها، بخلافِ المُضاربةِ فإنها لَمْ تَجُزْ بالعُرُوضِ ونحوِها؛ لأن القياسَ يَأبَىٰ جوازَها؛ لأن فيها رِبْحَ ما لَمْ يُضْمَنْ؛ لأن المالَ ليس بمضمونٍ علىٰ المُضارِبِ، بل هو أمانةٌ في يدِه، فاقتصرَتِ المُضَارَبةُ علىٰ مَوْرِدِ الشرعِ، وهو الدراهمُ والدنانيرُ.

ولنا: أن الشَّرِكةَ لو صحَّتْ في العُرُوضِ؛ أدَّتْ إلىٰ إباحةِ رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ؛ وإنه لا يَجُوزُ؛ لنَهْيِ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن ذلك[3]، وهذا لأنه لو جازَتْ في العُرُوضِ، فباع أحدُهما عرْضَه بأضعافِ قيمَتِه، والآخرُ بمِثْلِ قيمَتِه، فاشترَكا في الربْحِ؛ يَأْخُذُ

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣/ ٤٣].

(٢) وقع بالأصل: «معلومة». والمثبت من: «م»، و«غ»، و«ك».

(٣) أخرجه: أبو داود في أول كتاب الإجارة/ باب في الرجل يبيع ما ليس عنده [رقم/ ٣٥٠٤]، والترمذي في كتاب البيوع/ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك [رقم/ ١٢٣٤]، والنسائي في كتاب البيوع/ سلف وبيع وهو أن يبيع السلعة علىٰ أن يسلفه سلفًا [رقم/ ٤٦٢٩]، وابن ماجه في كتاب التجارات/ باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن [رقم/ ٢١٨٨]، من طريق عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَىٰ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ». لفْظ النسائي.

قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

وقال ابنُ حجر: «رواه الخمسة، وصحَّحه الترمذي، وابنُ خزيمة، والحاكم». ينظر: «بلوغ المرام» لابن حجر [ص/ ٢٣٣]. و«إرشاد الفقيه إلىٰ معرفة أدلة التنبيه» لابن كثير [٢/ ١٤].

وَلَنَا: أَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ؛ لِأَنَّهُ إِذَا بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا رَأْسَ مَالِهِ وَتَفَاضَلَ الثَّمَنَانِ فَمَا يَسْتَحِقُّهُ أَحَدُهُمَا مِنَ الزِّيَادَةِ فِي مَالِ صَاحِبِهِ رِبْحُ مَا لَمْ يَمْلِكْ وَمَا لَمْ يَضْمَنْ، بِخِلَافِ الدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ؛ لِأَنَّ ثَمَنَ مَا يَشْتَرِيهِ فِي ذِمَّتِهِ إِذْ هِيَ لَا تَتَعَيَّنُ فَكَانَ رِبْحَ مَا يُضْمَنُ، وَلِأَنَّ أَوَّلَ التَّصَرُّفِ فِي الْعُرُوضِ

غاية البيان

الذي باع عَرْضَه بمِثْلِ قِيمَتِه مِن رِبْحِ مالِ صاحبِه، فيَكُونُ ذلك له رِبْحَ ما لَمْ يَمْلِكْ، وما لَمْ يَضْمَنْ، بخلافِ النقدَيْن؛ فإن ما يَشتَرِي كلُّ واحدٍ منهما برأسِ المالِ لا يَتعَلَّقُ الشراءُ برأسِ المالِ بعَيْنِه، وإنما يَتعَلَّقُ بمِثْلِه دَيْنًا في الذِّمَّةِ، فيَتحقَّقُ شرْطُ طِيْبَةِ الرِّبْحِ، وهو وجوبُ المالِ في الذِّمَّةِ.

أوْ نَقُولُ: إن مَنِ اشترَىٰ بعَرْضٍ[1] غيره، أوْ عيْنٍ له؛ لا يَصِيرُ العَرْضُ مضمونًا عليه، وهو أمانةٌ عندَه إنْ سَلَّم؛ تَمَّ البيعُ، وإنْ لَمْ يُسْلِّمْ وهلَك في يدِه؛ بطَل البيعُ، فما يأكُلُ [٥/١٠ظ/م] [كلُّ][2] واحدٍ مِن رِبْحِ مالِ صاحبِه، يَكُونُ ربْحَ ما لَمْ يَضْمَنْ، وأنه حرامٌ.

وأمَّا النقْدانِ: فلا يَتعيَّنانِ في العقدِ، بل يَجِبُ مِثْلُه في الذِّمَّةِ، فكان رِبْحَ ما يُضْمَنْ.

وعلَّل صاحبُ «**التحفة**» بقولِه: «لأن الشَّرِكةَ تَقْتَضِي الوَكالةَ، والتوكيلُ[3] علىٰ الوجهِ [الذي][4] تضَمَّنَتْه الشَّرِكَةُ لا يَصِحُّ في العُرُوضِ، فإنه لو قال لغيرِه: بعْ عَرْضَك علىٰ أن ثمَنَه بيننا؛ لَمْ يَصِحَّ، ولو قال لرَجُلٍ: اشْتَرِ بألفٍ مِن مالِكَ علىٰ

(١) وقع بالأصل: «بعوض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «والوكيل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي.

الْبَيْعُ ، وَفِي النُّقُودِ الشِّرَاءُ ، وَبَيْعُ أَحَدِهِمَا مَالَهُ عَلَىٰ أَنْ يَكُونَ الْآخَرُ شَرِيكًا فِي ثَمَنِهِ لَا يَجُوزُ ، وَشِرَاءُ أَحَدِهِمَا شَيْئًا بِمَالِهِ عَلَىٰ أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ جَائِزٌ .

غاية البيان

أن ما اشتريْته بينَنا ، وأنا أشتَرِي بألفٍ مِن مالي على أن ما أشتَرِي بينَنا ؛ جاز ذلك ، ولهذا افترقا»[١] .

وهذا معنىٰ ما قال صاحبُ «**الهداية**» بقولِه: (وَبَيْعُ أَحَدِهِمَا مَالَهُ عَلَىٰ أَنْ يَكُونَ الْآخَرُ شَرِيكًا فِي ثَمَنِهِ ؛ لَا يَجُوزُ ، وَشِرَاءُ أَحَدِهِمَا شَيْئًا بِمَالِهِ عَلَىٰ أَنْ يَكُونَ الْمَبِيعُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ ؛ جَائِزٌ) .

وأمَّا الفلوسُ النَّافِقَةُ: فلَمْ يذْكُرِ القُدُورِيُّ فيها[٢] خلافًا في «**مختصره**»[٣] ، بل ألحَقَها بالدراهمِ والدنانيرِ بلا ذِكْرِ الخلافِ .

وقال الحاكمُ الشهيدُ في «مختصره»[٤]: «ولا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ إلا بالدراهمِ والدنانيرِ والفلوسِ» ، ولَمْ يذْكُر فيها خلافًا أيضًا .

وذكَر الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «**مختصره**»: «والأموالُ التي يَصِحُّ بها عقْدُ الشَّرِكَةِ: الدراهمُ والدنانيرُ في قولِهم جميعًا» ثم قال: «وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ: يَصِحُّ بالفلوسِ أيضًا»[٥] .

وقال في «الشامل» في قِسمِ «المبسوط»: «تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بالفلوسِ ؛ لأنها لا تَتعيَّنُ في العقدِ ، وعن أبي يوسفَ: لا تَصِحُّ ، وهو روايةٌ عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه ؛ لأنه

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٦ - ٧] .
(٢) وقع بالأصل: «فيه» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» .
(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٠ - ١١١] .
(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٦٠] .
(٥) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٨٢] .

وَأَمَّا الْفُلُوسُ النَّافِقَةُ ؛ فَلِأَنَّهَا تُرُوجُ رَوَاجَ الْأَثْمَانِ فَالْتَحَقَتْ بِهَا. قَالُوا: هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ ؛ لأَنَّهَا مُلْحَقَةٌ بِالنُّقُودِ عِنْدَهُ حَتَّىٰ لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ ، وَلَا يَجُوزُ

غاية البيان

مَبيعٌ تارةً ، وثمنٌ أخرىٰ ، فأشبه المَكِيلَ ، والتِّبْرَ ، والحُلِيَّ» إلىٰ هنا لَفْظُ «الشامل».

وقال الفقيهُ أبو الليثِ في كتابِ «العيون»: «رَوَىٰ الحسنُ بنُ زيادٍ عن أبي حَنِيفَةَ قال [٢/٢٧و]: المُضَارَبَةُ بالفلوسِ جائزةٌ، ورَوَىٰ الحسنُ بنُ أبي مالكٍ عن أبي يوسفَ عن أبي حنيفةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: لا تَجُوزُ ، وقال في كتابِ «**الرَّقِّيَاتِ**»[1]: لا تَجُوزُ المضاربةُ بالفلوسِ في قولِ أبي يوسفَ ، وتَجُوزُ في قولِ محمدٍ رَحِمَهُمَا اللَّهُ»[2]. إلىٰ هنا لَفْظُ كتابِ «**العيون**».

وقال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الطَّحَاويِّ»: «ولو كان رأسُ مالِ أحدِهِما فلوسًا ؛ لَمْ تَجُزِ الشَّرِكَةُ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ؛ لأن الفلوسَ إنما صارَتْ ثمنًا باصطلاحِ الناسِ، وليس بثمَنٍ في الأصلِ [٥/١١و/م]، وهم لَمْ[3] يَتَعامَلُوا أنْ يجْعَلُوها رأسَ مالِ الشَّرِكةِ ، وعندَ محمَّدٍ: يَجُوزُ ، وهو قولُ أبي يوسفَ الأوَّلُ ؛ لأن الفلوسَ عندَه ثمَنٌ علىٰ كلِّ حالٍ»[4].

وقال صاحبُ «الهداية»: قالوا: (هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ)، أي: قال المتأخِّرون: هذا الذي ذكَره القُدُورِيُّ مِن جوازِ الشَّرِكَةِ بالفلوسِ النَّافِقَةِ: هو[5] قولُ محمَّدٍ.

---

(١) **الرَّقِّيَاتُ**: مسائل مشهورة لمحمد بن الحسن الشيباني جمَعَها حين كان قاضيًا بالرَّقَّة. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنْدِيّ [ص/ ٣٩٤].

(٣) وقع بالأصل: «وهم لا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في وهو الموافق لِمَا في «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق٢٥٨/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٥٨].

(٥) وقع بالأصل: «وهو». والمثبت من: «ن»، و«م».

بَيْعُ اثْنَيْنِ بِوَاحِدٍ ....

غاية البيان

واستدلَّ عليه بمسألَتَيْن: إحداهما: أن الفلوسَ لا تتَعَيَّنُ بالتعْيينِ، والثانيةُ: لا يَجُوزُ بَيْعُ الفَلْسَيْن بِفَلْسٍ عندَ محمَّدٍ إذا كانا عيْنَيْنِ.

فَعُلِمَ: أن الفلوسَ عندَه كالنقودِ، فيَجُوزُ الشَّرِكَةُ بها.

وعندَهما: تتَعَيَّنُ بالتعْيينِ، ويَجُوزُ بَيْعُ الاثنين بواحدٍ، فأشبهَتِ العُرُوضَ؛ لأن ثمَنِيَّتَها اصطلاحيَّةٌ لا تَبْقَىٰ علىٰ حالٍ، بل تَتَبَدَّلُ وقْتًا، فَوَقْتًا، فتَكُونُ سِلْعةً، بخلافِ النقودِ.

وَجهُ قولِ محمَّدٍ: أن الثمنيَّةَ تَثْبُتُ باصطلاحِ الكُلِّ، فلا تَبْطُلُ باصطلاحِهِما، وتبْقَىٰ كما كانت، وإذا بقِيَتِ الثمنيَّةُ لا تتَعَيَّنُ بالتعْيينِ، ولا يَجُوزُ بَيْعُ الاثنين بواحدٍ.

لا يُقَالُ: المرادُ بقولِه: (**لَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ**): شَرِكَةُ المُفَاوضةِ؛ بدليلِ قولِه بعدَ ورقةٍ: (**وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْمُفَاوضةَ تَصِحُّ** [بِهِ][1])؛ لأنه إذا لَمْ يَكُنِ المرادُ مِن المذكورِ أوَّلًا شَرِكةَ المُفَاوضةِ؛ يَلْزَمُ التَّكْرَارُ في بيانِ شَرِكَةِ العِنَانِ، والأصلُ عدمُ التَّكْرَارِ.

لِأَنَّا نَقُولُ: لا فائدةَ لتخصيصِ المُفَاوضةِ؛ لأنَّهُما جميعًا لا يَنْعَقِدَانِ إلا بالمالِ المذكورِ، ولو كان مرادُ القُدُورِيِّ التخصيصُ؛ لاكتفَىٰ بإسنادِ الفعلِ إلىٰ ضميرِ المُفَاوضةِ، بل صَرَّح بالشَّرِكَةِ حتىٰ يَشْمَلَ النوعَيْن جميعًا؛ لأنهما سواءٌ في هذا الحُكْمِ.

وإنما قال عندَ قولِه: (**وَلَا يَنْعَقِدُ إِلَّا بِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْمُفَاوَضَةَ تَصِحُّ بِهِ**)؛ لأن كلامَهُ أوَّلًا وقَع عندَ سياقِ المُفَاوَضَةِ، فلو لَمْ يذْكُرِ الحُكْمَ عندَ ذِكْرِ العِنَانِ؛ لتوهَّمَ

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

بِأَعْيَانِهِمَا عَلَىٰ مَا عُرِفَ، أَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ رحمهما الله: لَا يَجُوزُ الشَّرِكَةُ وَالْمُضَارَبَةُ بِهَا؛ لِأَنَّ ثَمَنِيَّتَهَا تَتَبَدَّلُ سَاعَةً فَسَاعَةً، وَتَصِيرُ سِلْعَةً. وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَالْأَوَّلُ أَقْيَسُ وَأَظْهَرُ، وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: صِحَّةُ الْمُضَارَبَةِ بِهَا.

غاية البيان

مُتَوَهِّمٌ أن حُكْمَ العِنَانِ ليس كذلك، فأزال الوهمَ به.

قولُه: (بِأَعْيَانِهِمَا) قَيَّدَ بالعينِ؛ لأن بَيْعَ الفَلْسَين بِفَلْسٍ واحدٍ نَسِيئةً لا تَجُوزُ بالاتِّفاقِ؛ لأن أحدَ [٥/١١ظ/م] وصْفَي الرِّبا يُحَرِّمُ النَّسَاءَ.

قولُه: (وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ مِثْلُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ)، **يعني**: لا يَجُوزُ بَيْعُ الفَلْسَين بِفَلْسٍ واحدٍ، وهو قولُ أبي يوسفَ أوَّلًا، وقد ذكَرْنَاه آنفًا عن «**شرح الطَّحاويِّ**»[١].

قولُه: (وَالْأَوَّلُ أَقْيَسُ وَأَظْهَرُ)، **أي**: كونُ أبي يوسفَ معَ أبي حَنِيفَةَ أقْيَسَ، وهذا لأن أبا يوسفَ جوَّزَ بَيْعَ الفَلْسَين بِفَلْسٍ واحدٍ إذا كانا عينَيْنِ كأبي حَنِيفَةَ، وجعَل الفلوسَ كالعُرُوضِ، فلَمَّا كان مذهبُه في مسألةِ البيعِ كمذهبِ أبي حنيفةَ؛ كان مذهبُه كذلك أيضًا في مسألةِ الشَّرِكَةِ؛ لأن العُرُوضَ لا تَصْلُحُ رأسَ مالِ الشَّرِكَةِ والمُضَارَبَةِ.

قولُه: (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: صِحَّةُ الْمُضَارَبَةِ بِهَا)، أي: بالفُلوسِ، وهو روايةُ الحسنِ، وقد ذكَرْنَاه آنفًا عن كتابِ «**العيون**»[٢].

والفُلوسُ النَّافِقَةُ: أي: الرابحةُ، قال في [كتابِ][٣] «**الجمهرة**»: «النفاقُ ضِدُّ الكَسادِ، مِن نَفَقَ يَنْفُقُ، فهو نَافِقٌ»[٤].

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٥٨].

(٢) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنْدِيّ [ص/ ٣٩٤].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن».

(٤) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٢/٩٦٧].

قَالَ: وَلَا تَجُوزُ بِمَا سِوَىٰ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَتَعَامَلَ النَّاسُ بِالتِّبْرِ وَالنُّقْرَةِ؛ فَتَصِحُّ الشَّرِكَةُ بِهِمَا، هَكَذَا ذُكِرَ فِي الْكِتَابِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَلَا تَجُوزُ بِمَا سِوَىٰ ذَلِكَ، إِلَّا أَنْ يَتَعَامَلَ [٢/٢٧ظ] النَّاسُ بِالتِّبْرِ وَالنُّقْرَةِ[١]؛ فَتَصِحُّ الشَّرِكَةُ[٢] بِهِمَا)[٣]، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[٤].

قال صاحبُ «الهداية»: (هَكَذَا ذُكِرَ فِي «الْكِتَابِ»)، أي: في كتابِ «مختصر القُدُورِيِّ»[٥].

[وقال الحاكمُ الشهيدُ رحمه الله في «كتابِ الشَّرِكةِ» في «مختصر الكافي»][٦]: «والتِّبْرُ: مِن الذَّهَبِ والفِضَّةِ، والحُلِيُّ المَصُوغُ[٧] منهما بمنزلةِ العُرُوضِ في ذلك».

وقال الطَّحَاوِيُّ في «مختصره»[٨]: «ولا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ بالأموالِ التي تتعَيَّنُ

---

(١) النُّقْرَةُ: القطعة المُذَابَة من الفضة، وقَبْل الذَّوْب هي تِبْرٌ. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [٦٢١/٢/ مادة: نقر].

(٢) وقع بالأصل: «بالشَّرِكَة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) كل بلدة جرىٰ التعامل بالمبايعة بالتبر والنقرة فهي كالنقود لا تتعين بالعقود وتصح الشركة فيه، ونزل التعامل باستعماله ثمناً منزلة الضرب الخصوص، وفي كل بلدة لم يجز التعامل بها فهي كالعروض تتعين في العقود ولا تصح به الشركة. كذا في «درر الحكام» [٣٢١/٢] عن «الكافي». وينظر: «اللباب في شرح الكتاب» [١٢٥/٢].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٥) وقع بالأصل: «قال صاحب «الهداية»: هَكَذَا ذَكَرَ فِي الْكِتَابِ: الشَّرِكَة مِن «مختصر الكافي».». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٦) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٧) وقع بالأصل: «الموضوع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الكافي» للحاكم الشهيد [١/ق١٧٩/أ/ مخطوط فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٢٢)].

(٨) كذا وقع في النُّسَخ! وإنما هذا كلامُ الإمام الأَسْبِيْجَابيّ في: «شرح الطَّحَاوِيّ» [ق٢٥٨/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

وَذُكِرَ فِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: وَلَا تَكُونُ الْمُفَاوَضَةُ بِمَثَاقِيلَ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ [٢٣٩/ظ] **وَمُرَادُهُ التِّبْرُ، فَعَلَىٰ هَذِهِ الرِّوَايَةِ التِّبْرُ سِلْعَةٌ تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، فَلَا تَصْلُحُ**

للعقدِ[١]، كنُقْرةِ الذَّهَبِ والفِضَّةِ، وَمَصُوغِهما وَتِبْرِهما، وما سوىٰ ذلك مِن العُروضِ والحيوانِ الذي يَتَعَيَّنُ لعقودِ المُبادَلاتِ».

وقال **الصدْرُ الشهيدُ في كتابِ المُضَاربةِ مِن «الجامع الصغير»**: «ولا تَكُونُ المُضَاربةُ إلا بدراهمَ أوْ دنانيرَ، وكذلك الشَّرِكَةُ؛ لأن غيرَ المضروبِ يَتَعَيَّنُ بالتعْيينِ، فيُؤَدِّي إلىٰ رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ، ولا يَكُونُ بمَثاقِيلِ ذهبٍ أوْ فِضَّةٍ؛ لأنهما سِلْعةٌ[٢] في هذه الروايةِ، فتتَعَيَّنُ بالتعْيينِ، فيُؤَدِّي إلىٰ رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ»[٣].

وقال[٤] في كتابِ «الصَّرْفِ»: «النُّقْرَةُ لا تتَعَيَّنُ بالتعْيينِ، فعلَىٰ قياسِ [٥/١٢و/م] تلك الروايةِ: تَصِحُّ المُضَاربةُ والشَّرِكَةُ بها» إلىٰ هنا لفْظُه رحمه الله.

ونقَل صاحبُ «خلاصة الفتاوىٰ» عن نسخةِ الإمامِ السَّرْخَسِيِّ: أن الشَّرِكَةَ إنما تَصِحُّ بالدراهمِ والدنانيرِ، والتِّبْرُ لا يَصْلُحُ رأسَ مالِ الشركاتِ في ظاهرِ الروايةِ، وفي روايةِ «**كتاب الصَّرف**»: والتِّبْرُ كالنقودِ».

ثم قال: «والمعتبرُ فيه العُرْفُ حتىٰ لو كانت في بلدٍ المبايعةُ بينَهُم بِالتِّبْرِ، فهو كالنقودِ»[٥].

---

(١) وقع بالأصل: «تعين العقد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق٢٥٨/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

(٢) وقع بالأصل: «تبلغة». والمثبت من: «م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرْح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ق ١٤١/أ/ مخطوط فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٩٩)].

(٣) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص ٥٠٠].

(٤) يعني: الصدْرُ الشهيد رحمه الله.

(٥) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٣٦٣].

رَأْسَ الْمَالِ فِي الْمُضَارَبَاتِ وَالشَّرِكَاتِ. وَذُكِرَ فِي كِتَابِ الصَّرْفِ: أَنَّ النُّقْرَةَ لَا تَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ حَتَّىٰ لَا يَنْفَسِخَ الْعَقْدُ بِهَا بِهَلَاكِهَا قَبْلَ التَّسْلِيمِ، فَعَلَىٰ تِلْكَ

غاية البيان

وقال في «**كفاية البيهقي**»: «وأمَّا التِّبْرُ: ففيه روايتانِ» ثم قال: «وقيل: مدارُه علىٰ التعامُلِ، وإنْ تعامَلُوا به فهُو كالأثمانِ يَصِحُّ الشَّرِكَةُ، وإلا فكالعُرُوضِ، فلا تَصِحُّ».

فأقولُ: وَجْهُ ما قال في كتابِ «**الصَّرف**»: أن الذَّهبَ والفِضَّةَ خُلِقَا ثَمَنَيْن في الأصلِ، فكان التِّبْرُ والنُّقْرَةُ كالدراهمِ والدنانيرِ، فلَمْ يَتَعَيَّنا بالتعْيينِ، فصحَّتِ الشَّرِكَةُ والمُضاربةُ بهما.

ووجهُ ما قال في «الجامع الصغير»[1]: أن الذَّهَبَ والفِضَّةَ خُلِقَا للتجارةِ والتصرُّفِ، لا الثمَنِيَّةِ، بدليلِ أن الحُلِيَّ والأوانيَ المَصُوغةَ منهما، ليست بأثمانٍ[2] معَ قيامِ الخِلْقةِ، وإنما الثمَنِيَّةُ بالصيغةِ المخصوصةِ والضرْبِ المخصوصِ، بحيثُ لا يُصْرَفُ الذَّهَبُ والفِضَّةُ عندَ وجودِ الضرْبِ إلىٰ شيءٍ آخرَ ظاهرًا وغالبًا.

أمَّا التِّبْرُ والنُّقْرَةُ: فليْسَا كذلك؛ لأنهما يَصْلُحانِ لأنواعِ الصيغةِ[3]، فلا يَصِيرانِ ثَمنَيْن، فلَمَّا لَمْ يَصِيرا ثَمنَيْن، صارا كالعُرُوضِ، فلَمْ تَصِحَّ بهما الشَّرِكَةُ والمُضاربةُ، إلا إذا جرَىٰ التعاملُ باستعمالِهما ثَمنَيْن؛ فيُعْتَبرُ التعاملُ كالضرْبِ، فيُجْعَلانِ ثَمَنَيْن، فتَصِحُّ بهما الشَّرِكَةُ حينَئِذٍ.

والتِّبْرُ مِن الذَّهَبِ والفِضَّةِ: ما كان غيرَ مَصُوغٍ.

---

(١) يعني: «شرْح الجامع الصغير» للصدر الشهيد الماضي كلامُه آنفًا، وقد مضىٰ بيانُ صحة جواز تسمية الشرْح (يعني: «شرح الجامع الصغير») باسم المشروح (يعني: «الجامع الصغير»)، وقد وقع ذلك في كلام كثير مِن الحنفية المتقدمين والمتأخرين، ومشَىٰ علىٰ ذلك المؤلفُ في مواضع كثيرة مِن كتابه هذا.

(٢) وقع بالأصل: «ليست بمالٍ بأثمان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «الصفة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

الرِّوَايَةِ تَصْلُحُ رَأْسُ الْمَالِ فِيهِمَا، وَهَذَا لِمَا عُرِفَ أَنَّهُمَا خُلِقَا ثَمَنَيْنِ فِي الْأَصْلِ، إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَ أَصَحُّ؛ لأَنَّهَا وَإِنْ خُلِقَتْ لِلتِّجَارَةِ فِي الْأَصْلِ لَكِنَّ الثَّمَنِيَّةَ تَخْتَصُّ بِالضَّرْبِ الْمَخْصُوصِ؛ لِأَنَّ عِنْدَ ذَلِكَ لَا يُصْرَفُ إِلَىٰ شَيْءٍ آخَرَ ظَاهِرًا إِلَّا أَنْ يَجْرِيَ التَّعَامُلُ بِاسْتِعْمَالِهِمَا ثَمَنًا فَنَزَلَ التَّعَامُلُ بِمَنْزِلَةِ الضَّرْبِ؛ فَيَكُونُ ثَمَنًا وَتَصْلُحُ رَأْسُ الْمَالِ.

ثُمَّ قَوْلُهُ: «وَلَا يَجُوزُ بِمَا سِوَىٰ ذَلِكَ»: يَتَنَاوَلُ الْمَكِيلَ، وَالْمَوْزُونَ،

غاية البيان

والنُّقْرَةُ: القطْعةُ المُذابةُ مِن الذَّهَبِ أو الفِضَّةِ.

قولُه: (وَهَذَا لِمَا عُرِفَ) إشارةٌ إلىٰ أن النُّقْرَةَ لا تَتَعَيَّنُ بالتعْيينِ (أَنَّهُمَا)، أي: أن الذَّهَبَ والفِضَّةَ.

قولُه: (إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَ أَصَحُّ) استثناءً مِن قولِه: (فَعَلَىٰ تِلْكَ الرِّوَايَةِ: تَصْلُحُ رَأْسَ الْمَالِ فِيهِمَا)، أي: علىٰ روايةِ كتابِ «الصَّرفِ» مِن «المبسوط»[1]: تَصْلُحُ النُّقْرَةُ [٥/١٢ظ/م] رأسَ المالِ في الشَّرِكةِ والمُضاربةِ، إلا أن الأوَّلَ وهو روايةُ «الجامع الصغير» أصحُّ، وهي أنها لا تَصْلُحُ رأسَ مالِ الشَّرِكةِ والمضاربةِ، وقد مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (إِلَّا أَنْ يَجْرِيَ التَّعَامُلُ بِاسْتِعْمَالِهِمَا ثَمَنًا)، استثناءٌ مِن قولِه: (إِلَّا أَنَّ الْأَوَّلَ أَصَحُّ) يعني: أن الأوَّلَ ـ وهو روايةُ «الجامع الصغير» وهي أن النُّقْرَةَ لا تَصْلُحُ رأسَ مالِ الشَّرِكَةِ ـ أصحُّ، إلا إذا أُجْرِيَ التعاملُ باستعمالِ النُّقْرَةِ ثمنًا؛ فحينئذٍ تَصْلُحُ رأسَ مالِ الشَّرِكَةِ.

قولُه: (ثُمَّ قَوْلُهُ [٢/٢٨و]: «وَلَا يَجُوزُ بِمَا سِوَىٰ ذَلِكَ»: يَتَنَاوَلُ الْمَكِيلَ، وَالْمَوْزُونَ،

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٩٦/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبِ ، وَلَا خِلَافَ فِيهِ بَيْنَنَا قَبْلَ الْخَلْطِ ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَتَاعَهُ

وَالْعَدَدِيِّ الْمُتَقَارِبَ) ، أي: قولُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»: «ولا يَجُوزُ بما سوىٰ ذلك»[1] ، **أي**: لا يَجُوزُ عَقْدُ الشَّرِكَةِ بما سِوىٰ الدراهمِ والدنانيرِ والفلوسِ النَّافِقَةِ ، يَتَنَاوَلُ المكيلَ ، والموزُونَ ، والعَدَدِيَّ المتقاربَ ، وكأنه قَيَّدَ العَدَدِيَّ بالمتقاربِ ؛ [لِيَظْهَرَ ثمرةُ الخلافِ بينَ أبي يوسفَ ومحمد رحمهما الله عند اشتراط التفاضُل في الربح معَ][2] استواءِ المالَيْن إذا خُلِطا ، وإلا فليس فيه كثيرُ فائدةٍ ؛ لأنه لا يَجُوزُ عَقْدُ الشَّرِكَةِ بالعددِ مُتقارِبًا كان أوْ غيرَ مُتقارِبٍ .

أَلَا ترىٰ إلىٰ ما قال الكَرْخِيُّ في أوَّلِ كتابِ الشَّرِكَةِ مِن «**مختصره**»: «فأَمَّا غيرُ ذلك مِن سائرِ الأموالِ مما يُكالُ ، أوْ يُوزَنُ ، أو يُعَدُّ ، أوْ لا يُكالُ ، ولا يُوزَنُ ، ولا يُعَدُّ ، فإن عَقْدَ الشَّرِكَةِ لا يَصِحُّ بها ، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ومحمَّدٍ رضي الله عنهم»[3] . إلىٰ هنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ .

اعلم: أن المَكِيلَ ، أو الموزُونَ[4] ، أو العَدَدِيَّ لا يَجُوزُ عَقْدُ الشَّرِكَةِ به قبلَ الخَلْطِ باتِّفاقِ أصحابِنا جميعًا ، وهو معنىٰ قولِ صاحبِ «**الهداية**»: (**وَلَا خِلَافَ فِيهِ بَيْنَنَا قَبْلَ الْخَلْطِ**) .

قال الحاكمُ الشهيدُ في «الكافي»: «إذا لَمْ يَخْلِطاه ؛ فليس بشريكَيْن ، ولكلِّ واحدٍ منهما متاعُه ، له ربْحُه ، وعليه وضِيعتُه»[5] .

وقال في «المختلف» «فإنْ خَلَطا تَثْبُتُ بينَهُما شَرِكَةُ مِلْكٍ ، فإذا باعا ؛ فالربحُ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١] .

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» .

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٨٥] .

(٤) وقع بالأصل: «والموزُون» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك» .

(٥) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٦٠] .

....

والوضيعةُ جميعًا [بينَهُما](١) علىٰ قَدْرِ مالَيْهِما، كسائرِ الأعيانِ المشتركةِ، فإن خَلَطا ثم اشتركا؛ فعن أبي يوسفَ: أنه لا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ - يعني: شَرِكَةُ [٥/١٣و/أ] العقدِ، فلا يَجُوزُ اشتراطُ [فَضْلِ](٢) الربْحِ - وعن محمدٍ: أنه يَجُوزُ الشَّرِكَةُ بعد الخلْطِ»(٣)، يعني: شَرِكَةَ العقدِ.

وقال الكَرْخِيُّ في «مختصره»(٤): «وقال أبو يوسفَ: ذلك لا يَجُوزُ، ولكلِّ واحدٍ منهما مما اشتَرَيا قَدْرَ قِيمَةِ متاعِه، فإنْ كانتِ القِيمَةُ سواءً؛ فهو نِصْفَانِ، وإنْ كانت مختلفةً؛ فعلىٰ حسابِ ذلك»(٥)، ولَمْ يُبَيِّنْ [أن](٦) اعتبارَ القِيمَةِ يومَ البيعِ، أوْ يومَ الخلطِ؟

فقال في «الشامل» في قِسمِ «المبسوط»: «فإنْ باعَه بعدَ الخَلْطِ؛ فالثمنُ بينَهُما علىٰ قَدْرِ قِيمَةِ متاعِ كلِّ واحدٍ يومَ خَلَطاه مخلوطًا».

ثم قال: «**والصحيحُ**: أنْ يُقَوَّمَ يومَ باعاه؛ لأنَّ الحقَّ انتقَل إلىٰ البدَلِ بالبيعِ، فيُعْتَبرُ قيمتُه يومَ البيعِ كقيمةِ المُتْلَفِ يومَ الإتلافِ، فإنْ كان أحدُهما زادَه الخلطُ خيرًا؛ يُضْرَبُ بقيمَتِه يومَ يقْتَسِمون غيرَ مخلوطٍ، فقال: قيل: الصوابُ يومَ البيعِ بقيمتِه غيرَ مخلوطٍ».

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي.

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي.

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٣٦٢/٣].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٢٣٨].

(٥) ينظر: «الإيضاح شرح مختصر الكرخي» للكرماني [ق/ ١٤٠/أ].

(٦) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَعَلَيْهِ وَضِيعَتُهُ.

وَإِنْ خَلَطَا ثُمَّ اشْتَرَكَا، فكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَالشَّرِكَةُ شَرِكَةُ مِلْكٍ لَا شَرِكَةُ عَقْدٍ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: تَصِحُّ شَرِكَةُ الْعَقْدِ. وَثَمَرَةُ الِاخْتِلَافِ تَظْهَرُ عِنْدَ التَّسَاوِي فِي الْمَالَيْنِ، وَاشْتِرَاطُ التَّفَاضُلِ فِي الرِّبْحِ، وَظَاهِرُ الرِّوَايَةِ مَا قَالَه

غاية البيان

وقال في «الكفاية»: «يُعْتَبرُ القِيمَةُ يومَ القِسْمَةِ فيما له مِثْلٌ: كالمَكِيلِ، والموزُونِ، والمعدودِ الذي لا يَتفاوَتُ، وفيما لا مِثْلَ له يومَ الشراءِ؛ لأنه لا يَجُوزُ أن يَثْبُتَ مِثْلَهُ في المالِ؛ لأنه لا مِثْلَ له، فيُعْتَبرُ يومَ الشراءِ، والمِثْلِيُّ وجَبَ مِثْلُه في المالِ».

ثم وَجْهُ قولِ محمَّدٍ في جوازِ شَرِكَةِ العقدِ بعدَ الخلْطِ: أن المَكِيلَ والموزُونَ، عَرْضٌ من وَجْهٍ؛ بدلالةِ أن كُلًّا منهما يَتَعَيَّنُ بالتعْيينِ، وثمَنٌ مِن وَجْهٍ، مِن حيثُ إن الشراءَ به دَيْنًا في الذِّمَّة صحيحٌ، فَلِشَبهِ العَرْضِ؛ لَمْ تَجُزِ الشَّرِكَةُ قبلَ الخلطِ، ولِشَبهِ الثمنِ جازتْ بعدَ الخلْطِ؛ عملًا بالشبهَيْن، بخلافِ العَرْضِ فإنه ليس له جهةُ الثمَنِيَّةِ، فلَمْ تَجُزِ الشَّرِكَةُ به بعدَ الخلطِ أيضًا.

ووجهُ قولِ أبي يوسفَ: أن شرْطَ جوازِ شَرِكَةِ العقدِ: أن يَكُونَ رأسُ المالِ مما لا يتَعَيَّنُ بالتعْيينِ، وما نحن فيه يَتَعَيَّنُ بالتعْيينِ، فلا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ [به](١)، بل تَكُونُ شَرِكَةَ مِلْكٍ، كما لا تَنْعَقِدُ قبلَ الخلْطِ، والجامعُ: التعيُّنُ قبْلَ الخلْطِ وبعْدَه جميعًا.

قولُه: (وَعَلَيْهِ وَضِيعَتُهُ)، **يُقالُ**: وُضِعَ التَّاجِرُ وَوُكِسَ في سِلْعتِه يُوضَعُ وَضِيعةً؛ أي: خَسِر، وقال قومٌ [٥/١٣ظ/م]: وَضِعَ يَوْضَع؛ مِثْلُ: وَجِلَ [٢/٢٨ظ] يَوْجَلُ، ذكَره في «**الجمهرة**»(٢).

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٢/٩٠٥].

أَبُو يُوسُفَ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ بَعْدَ الْخَلْطِ كَمَا يَتَعَيَّنُ قَبْلَهُ. ولِمُحَمَّدٍ رحمه الله أَنَّهَا ثَمَنٌ مِنْ وَجْهٍ حَتَّىٰ جَازَ الْبَيْعُ بِهَا دَيْنًا فِي الذِّمَّةِ. وَمَبِيعٌ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ، فَعَمِلْنَا بِالشَّبَهَيْنِ، بِالْإِضَافَةِ إِلَىٰ الْحَالَيْنِ، بِخِلَافِ الْعُرُوضِ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ ثَمَنًا بِحَالٍ.

وَلَوْ اخْتَلَفَا جِنْسًا، كَالحِنْطَةِ، وَالشَّعِيرِ، وَالزَّيْتِ، وَالسَّمْنِ فَخُلِطَا؛ لَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ بِالِاتِّفَاقِ. وَالْفَرْقُ لِمُحَمَّدٍ رحمه الله: أَنَّ الْمَخْلُوطَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ مِنْ

غاية البيان

قولُه: (وَلَوْ اخْتَلَفَا جِنْسًا، كَالحِنْطَةِ، وَالشَّعِيرِ، وَالزَّيْتِ، وَالسَّمْنِ فَخُلِطَا؛ لَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ بِالِاتِّفَاقِ)، **أي:** لو اختلَف المالان جنسًا، ثم خَلَطاهما؛ لا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ، ذكَر هذا تفريعًا لِمَا تقدَّم مِن بيانِ مسألةِ القُدُورِيِّ؛ لأنه أثبتَ أوَّلًا أن الشَّرِكَةَ لا تَنْعَقِدُ قَبْلَ الخلطِ في المَكِيلِ، والموزُونِ، والعدَدِيِّ المتقاربِ بلا خلافٍ بينَ أصحابِنا.

ثم أثبتَ الخلافَ بينَ أبي يوسفَ ومحمدٍ: أن الشَّرِكَةَ هل تَنْعَقِدُ بعدَ الخلْطِ أمْ لا؟ وذاك فيما إذا كان المالان مِن جنسٍ واحدٍ، أمَّا إذا كانا مِن جنسين ـ كالحِنْطَةِ، والشَّعِيرِ، والزيتِ، والسمْنِ ـ فقال: لا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ بالاتِّفاقِ.

ومحمدٌ يَحْتَاجُ إلىٰ الفرْقِ؛ لأنه يَقُولُ بانعقادِ الشَّرِكَةِ بعدَ الخلطِ في جنسٍ واحدٍ، ولا يَقُولُ[1] بانعقادِها إذا عقَدا عَقْدَ الشَّرِكَةِ بعدَ الخلْطِ في جنسَيْن.

وفرْقُه: أن المخلوطَيْن مِن جنسٍ واحدٍ مِثْلِيٌّ؛ بدليلِ أن المتْلَفَ يَضْمَنُ المِثْلَ، بخلافِ المخلوطَيْن مِن جنسَيْن؛ فإنهما مِن ذَواتِ القِيَمِ؛ بدليلِ أن المتلفَ يَضْمَنُ القِيمَةَ كالعُرُوضِ، فتَتَمَكَّنُ الجهالةُ؛ لأنه لا يُمْكِنُ وصولُ كلِّ واحدٍ منهما إلىٰ عيْنِ حقِّه مِن رأسِ المالِ قبلَ القِسْمَةِ، فلَمْ تَنْعَقِدِ الشَّرِكَةُ للجهالةِ، بخلافِ

(١) وقع بالأصل: «نقول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

ذَوَاتِ الْأَمْثَالِ، وَمِنْ جِنْسَيْنِ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ فَتَتَمَكَّنُ الْجَهَالَةُ كَمَا فِي الْعُرُوضِ، وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ؛ فَحُكْمُ الْخَلْطِ قَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ.

قَالَ: وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالْعُرُوضِ؛ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ مَالِهِ

غاية البيان

الجنسِ الواحدِ؛ فإنَّ كلَّ واحدٍ منهما يُمْكِنُ أنْ يَصِلَ إلىٰ عيْنِ حقِّه مِن رأسِ المالِ قبلَ القِسْمَةِ باعتبارِ المِثْلِ؛ فانعقدَتِ الشَّرِكَةُ لارتفاعِ الجهالةِ.

قولُه: (وَإِذَا لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ؛ فَحُكْمُ الْخَلْطِ قَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ)، **أراد بها:** شَرِكَةَ العقدِ، يعني: أن شَرِكَةَ العقدِ لا تَنْعَقِدُ إذا عقَدَاها بعدَ الخلْطِ في جنسَيْن.

أمَّا شَرِكَةُ المِلْكِ: فتَثْبُتُ لا محالةَ؛ لاختلاطِ المالَيْن برضاءِ صاحبَيْهما.

ومعنىٰ قولِه: (فَحُكْمُ الْخَلْطِ قَدْ بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ)، يعني: أن الْحِنْطَةَ إذا كانت وَدِيعَةً عندَ رَجُلٍ، فخلَطَها الرَّجُلُ بشَعِيرِ نفسه؛ يَنْقَطِعُ [حقُّ المالكِ إلىٰ الضَّمانِ؛ ولذا إذا خلَط المُودَعُ الحَلَّ[1] الوَدِيعَةَ][2] بزَيْتِ نفْسِه.

وقولُه: (بَيَّنَّاهُ فِي كِتَابِ الْقَضَاءِ) [فيه][3] نظرٌ؛ لأن صاحبَ «**الهداية**» لَمْ يذْكُرْ حُكْمَ الخلْطِ [٥/١٤و/م] فيه، بل ذكَره في كتابِ الوَدِيعَةِ، وإنما ذكَرُوا حُكْمَ الخليطِ في كتابِ القضاءِ في «**شروح الجامع الصغير**» واللهُ أعلَمُ بصحَّةِ ما قال، إلا إذا قيل: إنه بيَّنَه في «**كفاية المنتهي**[4]»؛ فله وَجْهٌ إنْ صحَّ ذلك.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالْعُرُوضِ؛ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ مَالِهِ

(١) **الحَلّ**: بالحاء المهملة، دُهْن السِّمْسِم. كذا جاء في حاشية: «ك»، و«م»، و«غ».

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) وقع بالأصل: «كفاية البيهقي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

بِنِصْفِ مَالِ الْآخَرِ، ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ.

بِنِصْفِ مَالِ الْآخَرِ، ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»(١).

وهذه حِيلةٌ في تجويزِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ بالعُرُوضِ، وبه صَرَّح في «**شرح الطَّحَاويِّ**»، وهذا لأنه قال أوَّلًا: (**وَلَا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ**) فكان الأمرُ مُضَيَّقًا على الناسِ، ثم ذكَر الحِيلةَ في تجويزِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ بالعُرُوضِ توسعةً على الناسِ وتيسيرًا، فقال: (**وَإِذَا أَرَادَ الشَّرِكَةَ بِالْعُرُوضِ؛ بَاعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفَ مَالِهِ بِنِصْفِ مَالِ الْآخَرِ، ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ**).

ولا شكَّ أن الظاهرَ مِن كلامِ القُدُورِيِّ هو شَرِكَةُ العقدِ لا شَرِكَةُ المِلْكِ؛ لأنه قال(٢): «ثُمَّ عَقَدَا الشَّرِكَةَ»، **فقال صاحبُ «الهداية»**: (**وَهَذِهِ شَرِكَةُ مِلْكٍ**) وعلَّل بقولِه: (**لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْعَرْضَ(٣) لَا يَصْلُحُ رَأْسَ مَالِ الشَّرِكَةِ**).

وهذا عجيبٌ مِن صاحبِ «**الهداية**»، وبعيدٌ وقوعُه عن مِثْلِه نصًّا وتحقيقًا.

أمَّا النص: فقد ذكَر في «**المبسوط**»: «ولو كان لأحدِهما [عُرُوضٌ وللآخرِ](٤) دراهمُ، فباع هذا نصفَ العُرُوضِ بنصفِ تلك الدراهمِ، وتقابَضا واشترَكا شَرِكَةَ عِنَانٍ، أوْ مُفَاوَضَةٍ؛ جاز، وكذلك لو كان لكلِّ واحدٍ منهما عُرُوضٌ، فباع هذا نصفَ العُرُوضِ بنصفِ عُرُوضِ صاحبِه وتقابَضا؛ صارَا [٢/٢٩و] شريكَيْنِ إنْ شاءَا مُفَاوضةً، وإنْ شاءا عِنَانًا»(٥).

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٢) **القائل**: هو القُدُوريّ.

(٣) وقع بالأصل: «العرض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤/٦٥/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. ولفظُه هناك: «وإنْ كان رأسُ مال أحدهما دراهم، ورأس مال الآخر عُرُوضًا...».

(٥) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيّ [١١/١٧٩].

. . . .

وقد نَصَّ الحاكمُ الشهيدُ في «**مختصر الكافي**» قبلَ بابِ بضاعةِ المُفَاوِضِ علىٰ هذا، فقال: «فإنْ باعَه نصفَ العُرُوضِ بنصفِ الدراهمِ وتقابَضا، ثم اشترَكا شَرِكَةَ مُفَاوضةٍ، أوْ شَرِكَةَ عِنَانٍ؛ جاز ذلك»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ الحاكمِ [الشهيدِ][2] رَحِمَهُ اللهُ.

وقد [٥/١٤ظ/م] أطلَقَ المُفَاوَضَةَ والعِنَانَ في هذه الشَّرِكَةِ، وهما مِن شَرِكَةِ العقودِ، لا مِن شَرِكَةِ المِلْكِ.

وقال أبو بكرٍ الرَّازِيُّ في شرحه لـ«مختصر الطَّحَاويِّ»: «قال محمدٌ: إنْ أراد الشَرِكَةَ في العُرُوضِ؛ باع كلُّ واحدٍ منهما نصفَ عُرُوضِه بنصفِ عُرُوضِ الآخرِ وتقابَضا، حتىٰ يَصِيرَ ذلك كلُّه بينَهما، ثم يَشْتَرِكان بعدَ ذلك، فتَكُونُ الشَرِكَةُ جائزةً».

قال: «ولو اشترَكا هكذا مُفَاوَضَةً جاز، حكَىٰ ذلك أبو الحسنِ رَحِمَهُ اللهُ».

ثم قال أبو بكرٍ الرَّازِيُّ: «وإنما جازَت؛ لأنهما مُتَساويان في المالِ، شريكان فيها، ولا يُحْتاجُ عندَ القِسْمَةِ إلىٰ اعتبارِ القِيمَةِ؛ لأن جميعَ ما يَحْصُلُ مِن الثمنِ يَكُونُ بينَهُما نصفَيْن»[3] إلىٰ هنا لفْظُ أبي بكرٍ رَحِمَهُ اللهُ.

وأمَّا التحقيقُ فنَقُولُ: إنما لَمْ يَصْلُحِ العَرْضُ رأسَ مالِ الشَرِكَةِ قبلَ البيعِ؛ لأنه يُفْضِي إلىٰ رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ، وقد حقَّقْناه في أوَّلِ هذا الفصلِ، بخلافِ ما إذا باع كلُّ واحدٍ نصفَ مالِه بنصفِ مالِ الآخَرِ؛ حيثُ يَجُوزُ عَقْدُ الشَّرِكَةِ؛ لأن نصفَ مالِ كلِّ واحدٍ منهما يَكُونُ مضمونًا علىٰ الآخَرِ بالثمنِ، فكان الرِّبْحُ الحاصلُ رِبْحَ مالٍ مضمونٍ، فافترقا.

وقيل: الفرقُ أن فسادَ العقدِ قبلَ البيعِ: لجهالةِ رأسِ المالِ وَقْتَ القِسْمَةِ؛

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٦٠].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٣/٢٥٩].

قَالَ رضي الله عنه: وَهَذِهِ الشَّرِكَةُ مِلْكٌ ؛ لِمَا بَيَّنَا أَنَّ الْعُرُوضَ لَا يَصْلُحُ رَأْسَ مَالِ الشَّرِكَةِ ، وَتَأْوِيلُهُ: أَنَّهُ إِذَا كَانَ قِيمَةُ مَتَاعِهِمَا عَلَى السَّوَاءِ ، وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ يَبِيعُ صَاحِبُ الْأَقَلِّ بِقَدْرِ مَا يَثْبُتُ بِهِ الشَّرِكَةُ.

قَالَ: وَأَمَّا شَرِكَةُ الْعِنَانِ: فَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ دُونَ الْكَفَالَةِ ، وَهُوَ أَنْ يَشْتَرِكَ

لأن العُرُوضَ لا تَبْقَى بعدَ التصرُّفِ ، فيَجِبُ إفرازُ رأسِ المالِ وَقْتَ القِسْمَةِ باعتبارِ القيمةِ ، والقيمةُ تُعْرَفُ بالحَزْرِ والظَّنِّ ، فكان مجهولًا ، وجهالةُ رأسِ المالِ وَقْتَ القِسْمَةِ تُوجِبُ جهالةً في الرِّبْحِ.

وهذا المعنى معدومٌ ههنا ؛ لأن وَقْتَ القِسْمَةِ لا يَحْتَاجانِ إلى تقويمِ رأسِ مالِهما ؛ لتمَكُّنِهما مِن قِسْمَةِ المشْتَرَى ؛ لأن المُشْتَرَى يَكُونُ مقسومًا بينَهُما على قَدْرِ مِلْكِهما في العُرُوضِ ، فيُعْرَفُ قَدْرُ مِلْكِهما في المُشْتَرَى مِن غيرِ تقويمِ رأسِ المالِ.

أَمَّا قبلَ البيعِ: ربما يَصِيرُ عَرْضُ أحدِهما أكثرَ قِيمَةً [أَوْ أَقَلَّ قِيمَةً][1] يومَ القِسْمَةِ ؛ فتمَسُّ الحاجةُ إلى التقويمِ يومَ القِسْمَةِ ؛ فيُوَدِّي إلى ما ذكَرْنا.

قولُه: (وَتَأْوِيلُهُ: أَنَّهُ إِذَا كَانَ قِيمَةُ مَتَاعِهِمَا عَلَى السَّوَاءِ) ، **أي**: تأويلُ ما قال القُدُورِيُّ مِن بَيْعِ نصفِ عَرْضِ أحدِهما ، بنصفِ عَرْضِ الآخرِ فيما [٥/١٥و/م] إذا كان المتاعانِ[2] سواءً ، **(وَلَوْ كَانَ بَيْنَهُمَا تَفَاوُتٌ ؛ يَبِيعُ صَاحِبُ الْأَقَلِّ بِقَدْرِ مَا تَثْبُتُ بِهِ الشَّرِكَةُ)** ، **مِثْلُ**: أن يَكُونَ قِيمَةُ عَرْضِ أحدِهما أربعَ مئةٍ ، وقِيمَةُ عَرْضِ الآخرِ مئةً ؛ يَبِيعُ صاحبُ الأقلِّ أربعةَ أخماسِ عَرْضِهِ بخُمْسِ عَرْضِ الآخرِ ، فيَكُونُ الرِّبْحُ الحاصلُ مِن المالَيْنِ: رِبْحَ مالٍ مضمونٍ على كلِّ واحدٍ منهما ، فيَطِيبُ.

قولُه (قَالَ: وَأَمَّا شَرِكَةُ الْعِنَانِ: فَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ دُونَ الْكَفَالَةِ) ، **أي**: قال

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك».
(٢) في: «ن»: «كان المتاعان».

اثْنَانِ فِي نَوْعِ بَزٍّ أَوْ طَعَامٍ، أَوْ يَشْتَرِكَانِ فِي عُمُومِ التِّجَارَاتِ، وَلَا يَذْكُرَانِ

القُدُورِيُّ في «مختصره»[(١)]، وهذا عطفٌ علىٰ قولِه: **(فَأَمَّا شَرِكَةُ الْمُفَاوَضَةِ)** في أوائلِ «كتابِ الشَّرِكَةِ»، وإنما انعقدَتْ علىٰ الوَكَالَةِ؛ تحقيقًا للمَقْصُودِ مِن الشَّرِكَةِ، وهو تحصيلُ الرِّبْحِ بالتصرُّفِ، وذلك لا يَكُونُ في مالِ الغيرِ إلا بوكالةٍ؛ فتَثْبُتُ [الوَكَالَةُ][(٢)].

وقد مَرَّ بيانُ هذا مرَّتيْن، مرَّةً عندَ قولِه: **(وَالضَّرْبُ الثَّانِي: شَرِكَةُ** [٢/٢٩ظ] **الْعُقُودِ)**، وأخرَىٰ عندَ قولِه: **(وتَنْعَقِدُ عَلَىٰ الْوَكَالَةِ والْكَفَالَةِ)** فيُنْظَرُ التحقيقُ[(٣)] ثَمَّةَ.

وفائدةُ هذا: أن كلَّ واحدٍ مِن الشريكيْن يَكُونُ وكيلًا عن صاحبِه، ويَبِيعُ بالنقدِ والنَّسِيئَةِ، ويَشتَرِي إذا كان في يدِه مالٌ ناضٌّ مِن الشَّرِكَةِ، وكذا إذا كان عندَه مَكِيلٌ أَوْ مَوزُونٌ، فاشترىٰ بذلك شيئًا جاز، ولكلِّ واحدٍ أنْ يُبْضِعَ، وأنْ يدْفَعَ[(٤)] مُضَاربةً؛ لأن المَقْصُودَ تَثْمِيرُ المالِ[(٥)]، وهذا طريقٌ صالحٌ.

وعن أبي حَنِيفَةَ: أنه لا يَدْفَعُ مُضَاربةً؛ لأنه يُؤَدِّي إلىٰ إشراكِ الغيرِ[(٦)] في الرِّبْحِ، والآخرُ لَمْ يرْضَ به، ولأحدِهما أن يُوكِّلَ بالبيعِ والشراءِ؛ لأنه مِن جملةِ التجارةِ، كذا ذَكَر[(٧)] الوَلْوَالِجِيُّ في **«فتاواه»**[(٨)].

وإنما لَمْ تَنْعَقِدْ شَرِكَةُ العِنَانِ علىٰ الكَفَالَةِ؛ لأن لفْظَ العِنَانِ لا يَدُلُّ علىٰ ذلك،

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٢) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «لتحقيق». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) وقع بالأصل: «وأنْ يدْفعه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) وقع بالأصل: «تميُّز المال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٦) وقع بالأصل: «اشتراك الغير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٧) وقع بالأصل: «وكذا ذكر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٨) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣/ ٤٠].

الْكَفَالَةَ، وَانْعِقَادُهُ عَلَى الْوِكَالَةِ لِتَحَقُّقِ مَقْصُودِهِ كَمَا بَيَّنَّاهُ.

وَلَا تَنْعَقِدُ عَلَى الْكَفَالَةِ؛ [٢٤٠/و]؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ مُشْتَقٌّ مِنَ الِاعْتِرَاضِ، يُقَالُ عَنَّ لَهُ: أَيِ اعْتَرَضَ، وَهَذَا لَا يُنْبِئُ عَنِ الْكَفَالَةِ، وَحُكْمُ التَّصَرُّفِ لَا يَثْبُتُ بِخِلَافِ مُقْتَضَى اللَّفْظِ.

غاية البيان

وإنما تَثْبُتُ[1] الكَفَالَةُ في المُفَاوضةِ؛ تحقيقًا لمعنى المساواةِ التي دَلَّ عليها المُفَاوضةُ.

أَمَّا العِنَانُ: فإنه مأخُوذٌ مِن: عَنَّ له؛ إذا عَرَضَ، سُمِّيَ به؛ لأنه شيءٌ عَرَضَ في هذا القدْرِ، لا على العمومِ على الوَكَالةِ والكَفَالةِ.

وقيل: إنه مأخوذٌ مِن عِنَانِ الدَّابَّةِ؛ لأن الفارسَ يُمْسِكُ العِنَانَ بإحدَى يديه، ويَتَصَرَّفُ بالأُخرى، فكذلك الشَّرِيكُ هنا، شارَك في بعضِ مالِه، وانفَرَد بالباقي.

ثم عقْدُ شَرِكَةِ العِنَانِ: قد [٥/١٥ظ/م] يَكُونُ عامًّا، وقد يَكُونُ خاصًّا.

أَمَّا العامُّ: فهو أن يَشْتَرِكا في جميعِ أنواعِ التجاراتِ.

وأَمَّا الخاصُّ: فهو أن يَشْتَرِكا في شيءٍ خاصٍّ؛ كالرَّقِيقِ أو الثِّيَابِ أو الْحِنْطَةِ وغيرِها، وهذا معنى قولِه: (**وَهُوَ أَنْ يشْتَرِكَا فِي نَوْعِ بُرٍّ، أَو طَعَامٍ، أَو يَشْتَرِكَانِ فِي عُمُومِ التِّجَارَاتِ**) وقولُه: (**أَو يَشْتَرِكَانِ**) عطْفٌ على سبيلِ القطعِ، تقديرُه: أوْ هما يَشْتَرِكان.

وقولُه: (كَمَا بَيَّنَّا) إشارةٌ إلى قولِه في أوَّلِ «كتابِ الشَّرِكَةِ»: (**وَشَرْطُهُ: أَنْ يَكُونَ التَّصَرُّفُ الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ عَقْدَ الشَرِكَةِ قَابِلًا لِلْوَكَالَةِ؛ لِيَكُونَ مَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا، فَيَتَحَقَّقُ حُكْمُهُ الْمَطْلُوبُ مِنْهُ**).

---

(١) وقع بالأصل: «وأمَّا ما تَثْبُت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَيَصِحُّ التَّفَاضُلُ فِي الْمَالِ لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ، وَلَيْسَ مِنْ قَضِيَّةِ اللَّفْظِ الْمُسَاوَاةِ.
وَيَصِحُّ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي الْمَالِ، وَيَتَفَاضَلَا فِي الرِّبْحِ.

غاية البيان

قولُه: (وَيَصِحُّ التَّفَاضُلُ فِي الْمَالِ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[١]، وذلك لأن العِنَانَ لا يَقتَضِي المساواةَ؛ فجاز التفاضُلُ.

قولُه: (وَيَصِحُّ أَنْ يَتَسَاوَيَا فِي الْمَالِ، وَيَتَفَاضَلَا فِي الرِّبْحِ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللهُ في «مختصره»[٢].

قال في «المختلف»: «قال زُفَرُ والشَّافِعِيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا: لا يجوز اشتراطُ المساواةِ في الرِّبْحِ والمالانِ على التفاوتِ ولا على العكسِ، وعندَنا: يَجُوزُ»[٣].

وقال في «الأسرار»: «إذا شرَطَا التفاضُلَ في الرِّبْحِ معَ التساوِي في المالِ يَصِحُّ، وكذلك إذا شرَطَا التساوِيَ في الرِّبْحِ معَ التفاضُلِ في المالِ».

وقال زُفرُ والشَّافعيُّ: الرِّبْحُ على قَدْرِ رأسِ المالِ[٤].

وَجْهُ قولِهما: أن التفاضُلَ في الرِّبْحِ معَ تساوِي المالَيْنِ يُفْضِي إلى رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ، وأنه لا يَجُوزُ بالحديثِ[٥]، وذلك لأن استحقاقَ أحدِهما زيادةُ الرِّبْحِ بلا ضَمَانٍ؛ لأن الضَّمانَ بقَدْرِ رأسِ المالِ؛ ولأن الرِّبْحَ أحدُ مُوجِبَيْ عَقْدِ الشَّرِكَةِ، فيتَقسَّطُ على مقدارِ رأسِ المالِ؛ كالوَضِيعةِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٣٦٧/٣].

(٤) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٢٨٤/٤]، و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٢٦٦/٣]. و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٢٧٣/٥].

(٥) يعني: حديث عبد الله بن عَمْرو بن العاص رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَى رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ». وقد مضى تخريجه.

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ ﷺ: لَا يَجُوز؛ لِأَنَّ التَّفَاضُلَ فِيهِ يُؤَدِّي إِلَىٰ رِبْحِ مَا لَمْ يُضْمَنْ، فَإِنَّ الْمَالَ إِذَا كَانَ نِصْفَيْنِ وَالرِّبْحُ أَثْلَاثًا فَصَاحِبُ الزِّيَادَةِ يَسْتَحِقُّهَا

غاية البيان

ولنا: ما روى أصحابُنا في كُتُبِهم عن عَلِيٍّ ﷺ أنه قال: «الرِّبْحُ عَلَىٰ مَا اشْتَرَطَ الْعَاقِدَانِ، وَالْوَضِيعَةُ عَلَىٰ رَأْسِ الْمَالِ»[1]، ولأنه عقْدٌ يُقْصَدُ به الرِّبْحُ فجاز استحقاقُ الرِّبْحِ فيه بالعملِ كالمُضاربةِ.

ثم العملُ قد يَقَعُ مِن أحدِهما أكثرَ مِن الآخَرِ، ولا يَرْضَىٰ بالسَّوِيَّةِ في الرِّبْحِ، فلا بُدَّ مِن القولِ بصحَّةِ التفاضُلِ في الرِّبْحِ، ولأن صاحبَ أكثرِ المالَيْن يَصِيرُ كأنه قال للآخَرِ: اعْمَلْ [٢/٣٠و] أنتَ في مالِكَ والرِّبْحُ لك، وأنا أُعِينُكَ فيه، واعْمَلْ [٥/١٦و/م] أنتَ أيضًا في مالي على أن لك ربعَ رِبْحِه، وأنا أُعِينُك فيه أيضًا، ويَكُونُ بمعنى المُضَارَبَةِ؛ فيَصِحُّ على هذا الوجهِ.

فَإِنْ قُلْتَ: إذا كان هذا العقدُ في معنى المُضَارَبَةِ يَنْبَغِي أن يَبْطُلَ العقدُ؛ لأن اشتراطَ العملِ على ربِّ المالِ في المُضَارَبَةِ يُبْطِلُ العقدَ.

قُلْتُ: المالُ في المُضَارَبَةِ أمانةٌ في يدِ المُضَارِبِ، وإنما تَتِمُّ الأمانةُ إذا كانت التخْليةُ بينَهُما وبينَ الأمِينِ، واشتراطُ العملِ على ربِّ المالِ يُنافي التخْلية، فيَبْطُلُ العقدُ لهذا، بخلافِ الشَّرِكَةِ؛ فإن كلَّ واحدٍ مِن الشريكَيْن كالأجيرِ في مالِ صاحبِه، حيثُ يَسْتَحِقُّ بعمَلِه في مالِ صاحبِه، وجائزٌ للرَّجُلِ أن يَسْتَأْجِرَ أجيرًا لِيُعِينَهُ على عمَلِه، فكذا جاز اشتراطُ العملِ على ربِّ المالِ في الشَّرِكَةِ.

فَإِنْ قُلْتَ: إذا شُرِطَ جميعُ الرِّبْحِ لأحدِهما؛ لا يَجُوزُ، فكذا إذا شُرِطَ الفضلُ والجامعُ: العدولُ بالربحِ عن التقسيطِ على قَدْرِ المالِ.

---

(١) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ١٩٩٦٩]، ومحمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤/٦٣/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن عَلِيّ بن أبي طالب ﷺ به نحوه.

بِلَا ضَمَانٍ، إِذِ الضَّمَانُ بِقَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ، وَلِأَنَّ الشَّرِكَةَ عِنْدَهُمَا فِي الرِّبْحِ

قُلْتُ: إذا شُرِطَ جميعُ الرِّبْحِ لأحدِهما؛ خرَج العقدُ عن موضوعِ الشَّرِكَةِ، وليس كذلك إذا شُرِطَ الفضلُ؛ لأنه لا يَخْرُجُ عن موضوعِ الشَّرِكَةِ، فظهَر الفرقُ وفسدَ القياسُ.

ولهذا قُلنا: إذا شُرِطَ جميعُ الرِّبْحِ لأحدِهما في المُضَارَبَةِ؛ بطَلَ معنى المُضَارَبَةِ؛ لأنه لا يَخْلُو مِن أحدِ الأمرَيْن: إمَّا أنْ يُشْتَرطَ الرِّبْحُ للدافعِ أوْ للعاملِ.

ففي الأوَّلِ: يَكُونُ [المالُ][1] بضاعةً.

وفي الثاني: قَرْضًا، وهذا معنى قولِه: (**لِأَنَّهُ يَخْرُجُ الْعَقْدُ بِهِ مِنَ الشَرِكَةِ وَ[مِنَ][1] الْمُضَارَبَةِ أَيْضًا إِلَى قَرْضٍ بِاشْتِرَاطِهِ لِلْعَامِلِ، أَوْ إِلَى بِضَاعَةٍ بِاشْتِرَاطِهِ لِرَبِّ الْمَالِ**).

والضميرُ في قولِه: (**بِاشْتِرَاطِهِ**) راجعٌ إلى الرِّبْحِ في الموضعَيْن جميعًا.

والجوابُ عن قولِهما: أن الوَضِيعةَ أحدُ مُوجِبَي الشَّرِكَةِ؛ فنَقُولُ: لَا نُسَلِّمُ؛ لأنها ليست بمقصودةٍ بالشَّرِكَةِ، فلَمَّا لَمْ تَكُنْ مقصودةً بها؛ كانت على قَدْرِ رأسِ المالِ، بخلافِ الرِّبْحِ؛ فإنه مَقْصُودٌ بالشَّرِكَةِ، فلَمَّا ظهَر الفرقُ؛ فسَد القياسُ.

قال صاحبُ «التحفة»: «ثم لا شكَّ أنَّهما إذا شَرَطا الرِّبْحَ بينَهُما نصفَيْن؛ جاز بالإجماعِ إذا كان رأسُ مالِهما على السواءِ، سواءٌ شَرَطا العملَ عليهما، أوْ على أحدِهما؛ لأن استحقاقَ الرِّبْحِ: بالمالِ أو بالعملِ، وقد وُجِدَ التساوِي في [١٦/٥ظ/م] المالِ.

وإنْ شرَطَا الرِّبْحَ بينَهُما أثلاثًا [ومالُ أحدِهما أكثرُ][2]: فإنْ كان العملُ عليهما

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ». وليست في: «تحفة الفقهاء».

لِلشَّرِكَةِ فِي الْأَصْلِ، وَلِهَذَا يَشْتَرِطَانِ الْخَلْطَ، فَصَارَ رِبْحُ الْمَالِ بِمَنْزِلَةِ نَمَاءِ الْأَعْيَانِ فَيَسْتَحِقُّ بِقَدْرِ الْمِلْكِ فِي الْأَصْلِ.

جاز، سواءٌ كان فضلُ الرِّبحِ لمن كان رأسُ مالِه أكثرَ أوْ أقلَّ؛ لأنه يَجُوزُ أنْ يَكُونَ به زيادةُ حَذَاقةٍ[1]، فيَكُونُ الرِّبْحُ بزيادةِ العملِ.

وإنْ شَرَطا العملَ علىٰ أحدِهما: فإنْ شَرَطا العملَ علىٰ الذي شَرَطا له فضْلَ الرِّبْحِ جاز؛ لأنه عاملٌ في مالِه، ورِبْحُهُ [له][2]، وعاملٌ في مالِ شريكِه ببعضِ رِبْحِهِ، والرِّبْحُ يُسْتَحَقُّ بالعمَلِ.

وإنْ شَرَطا العملَ علىٰ أقلِّهما رِبْحًا خاصَّةً لا يَجُوزُ؛ لأن هذا اشتراطٌ لزيادةِ[3] الرِّبْحِ بغيرِ عملٍ ولا ضمانٍ، والرِّبْحُ لا يُسْتَحَقُّ إلا بمالٍ أوْ عملٍ أوْ ضَمانٍ، ولا نعْنِي بقولِنا: «إلا بعملٍ» وجُودَه؛ بل شَرْطُ الأجْرِ[4] شَرْطُ العملِ»[5] إلىٰ هنا لَفْظُ «**التحفة**».

قولُه: (لِلشَرِكَةِ فِي الأَصْلِ)، أي: في أصلِ المالِ.

---

(١) وقع بالأصل: «حذقه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء».

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «زيادة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [ق١٣٢/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٩١)]. ولفظ المطبوع: «لِأَنَّهُ شَرط للْآخر فضل ربح بغير عمل..».

(٤) وقع بالأصل: «شَرْطُ الآخر». والمثبت من: «م»، و«غ»، و«ك». ولفْظُ المطبوع مِن: «تحفة الفقهاء»: «بل نعْنِي بِهِ شَرطَ الْعَمَل». وفي بعض النُّسَخ الخَطِّيَّة: «بل نعْنِي بِهِ شَرْطَ الْعَمَل للأجْر». ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [ق٢٤٢/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٩٢)].

(٥) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٧ ـ ٨].

وَلَنَا: قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الرِّبْحُ عَلَىٰ مَا شَرَطَا، وَالْوَضِيعَةُ عَلَىٰ قَدْرِ الْمَالَيْنِ» وَلَمْ يُفَصِّلْ، وَلِأَنَّ الرِّبْحَ كَمَا يُسْتَحَقُّ بِالْمَالِ يُسْتَحَقُّ بِالْعَمَلِ كَمَا فِي الْمُضَارَبَةِ؛ وَقَدْ يَكُونُ أَحَدُهُمَا أَحْذَقَ وَأَهْدَىٰ وَأَكْثَرَ عَمَلًا وَأَقْوَىٰ فَلَا يَرْضَىٰ بِالْمُسَاوَاةِ، فَمَسَّتِ الْحَاجَةُ إِلَىٰ التَّفَاضُلِ، بِخِلَافِ اشْتِرَاطِ جَمِيعِ الرِّبْحِ لِأَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّهُ يَخْرُجُ الْعَقْدُ بِهِ مِنَ الشَّرِكَةِ وَمِنَ الْمُضَارَبَةِ أَيْضًا إِلَىٰ قَرْضٍ بِاشْتِرَاطِهِ لِلْعَامِلِ، أَوْ إِلَىٰ بِضَاعَةٍ بِاشْتِرَاطِهِ لِرَبِّ الْمَالِ، وَهَذَا الْعَقْدُ يُشْبِهُ الْمُضَارَبَةَ مِنْ حَيْثُ أَنَّهُ يَعْمَلُ

غاية البيان

قوله: (وَهَذَا الْعَقْدُ يُشْبِهُ الْمُضَارَبَةَ...) إلىٰ آخره، هذا جوابٌ لقولِ زُفَرَ والشَّافِعِيِّ رحمهما الله: إن التفاضل في الرِّبْحِ معَ تساوِي المالِ يُؤَدِّي إلىٰ رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ بطريقِ التسليمِ.

بيانُه [٢/٣٠ظ]: أن هذا العقدَ - أي: شَرِكَةَ العِنَانِ - له شبَهٌ بالمُضَارَبةِ، وشَبَهٌ بشَرِكَةِ المُفَاوَضَةِ.

أمَّا الأوَّلُ: فباعتبارِ العملِ؛ لأن كلَّ واحدٍ مِن الشريكَيْنِ يَعْمَلُ في مالِ صاحبِه، كالمُضَارِبِ يَعمَلُ في مالِ ربِّ المالِ.

وأمَّا الثاني: فباعتبارِ الاسمِ والعملِ أيضًا.

أمَّا الاسمُ: فلأنَّ كلَّ واحدٍ مِن العِنَانِ والمُفَاوَضَةِ يُسَمَّىٰ شَرِكَةً.

وأمَّا العملُ: فلأن شريكَ العِنَانِ يَعمَلُ في نصيبِ صاحبِه كالمُفاوِضِ.

فعَمِلْنا بالشبَهَيْنِ فقُلْنا: صحَّ اشتراطُ الرِّبْحِ مِن غيرِ ضَمانٍ لشَبَهِ المُضَارَبَةِ، ولَمْ يَبْطُلِ العقدُ باشتراطِ العمَلِ على صاحبِ المالِ؛ لشَبَهِ الشَّرِكَةِ، وهذا حاصلُ معنىٰ كلامِ صاحبِ «**الهداية**»، ولنا فيه نظَرٌ؛ لأنه لَمْ يُجَوِّزْ عقْدَ الشَرِكَةِ بالعُرُوضِ قبلَ هذا؛ لأنه يُؤَدِّي إلىٰ رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ، فلو كان يجُوزُ رِبْحُ ما لَمْ يُضْمَنْ باعتبارِ

فِي مَالِ الشَّرِيكِ، وَيُشْبِهُ الشَّرِكَةَ اسْمًا وَعَمَلًا؛ فَإِنَّهُمَا يَعْمَلَانِ فَعَمِلْنَا بِشَبَهِ الْمُضَارَبَةِ. وقُلْنَا: يَصِحُّ اشْتِرَاطُ الرِّبْحِ مِنْ غَيْرِ ضَمَانٍ، وَيُشْبِهُ الشَّرِكَةَ حَتَّى لَا يَبْطُلَ باشْتِرَاطِ الْعَمَلِ عَلَيْهِمَا.

قَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِبَعْضِ مَالِهِ دُونَ الْبَعْضِ؛ لِأَنَّ الْمُسَاوَاةَ فِي الْمَالِ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ فِيهِ؛ إِذِ اللَّفْظُ لَا يَقْتَضِيهِ.

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْمُفَاوَضَةَ تَصِحُّ بِهِ لِلْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ، .....

غاية البيان

شبهِ المُضَارَبَةِ؛ لجاز ثَمَّةَ أيضًا؛ لحصولِ هذا الشبهِ.

فَعُلِمَ: أن فيه ضعْفًا، والتحقيقُ ما أسلفناه أوَّلًا، وهو [أن][1] التفاضُلَ إنما جاز باعتبارِ العملِ؛ لأن الرِّبْحَ يُسْتَحَقُّ بأحدِ الأشياءِ الثلاثةِ: بالمالِ أو العملِ، أو الضَّمانِ، وقد حصَل العملُ هنا كما في المُضَارَبَةِ.

قولُه: (فَإِنَّهُمَا يَعْمَلَانِ)، أي: أن الشريكَيْن يَعْمَلانِ كلُّ واحدٍ منهما في نصيبِ صاحبِه.

قولُه: (وَيُشْبِهُ الشَّرِكَةَ)، أي: عَمِلْنا بشَبهِ الشَّرِكَةِ.

[٥/١٧و/م] قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَهَا كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِبَعْضِ مَالِهِ دُونَ الْبَعْضِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[2]، أي: يَجُوزُ أنْ يَعْقِدَ شَرِكَةَ العِنَانِ كلُّ واحدٍ مِن الشريكَيْن ببعضِ مالِه دونَ البعضِ؛ بأنْ يَكُونَ له مالٌ آخَرُ مما يَجُوزُ عليه الشَّرِكَةُ، سوى المالِ [الذي][3] اشترَكا فيه، وذلك لأن المساواةَ في العِنَانِ ليست بشرْطٍ؛ لأنه لا دلالةَ فيه عليها.

قولُه: (وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْمُفَاوَضَةَ تَصِحُّ بِهِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكَا، وَمِنْ جِهَةِ أَحَدِهِمَا دَنَانِيرُ، وَمِنَ الْآخَرِ دَرَاهِمُ، وَكَذَا مِنْ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ بِيضٌ، وَمِنَ الْآخَرِ سُودٌ.

غاية البيان

أيضًا[1]، أي: لا تَصِحُّ شَرِكَةُ العِنَانِ إلا بما قُلنا عندَ قولِه: (وَلَا تَنْعَقِدُ الشَرِكَةُ بِهِ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ وَالْفُلُوسِ النَّافِقَةِ).

ولا تَصِحُّ بالعُرُوضِ؛ لأنه يُؤَدِّي إلى رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ، وهو المرادُ مِن قولِه: (لِلْوَجْهِ الَّذِي ذَكَرْنَاهُ) يعني: في أَوَّلِ هذا الفصلِ.

قولُه: (وَيَجُوزُ أَنْ يَشْتَرِكَا، وَمِنْ جِهَةِ أَحَدِهِمَا دَنَانِيرُ، وَمِنَ الْآخَرِ دَرَاهِمُ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[2].

قال صاحبُ «**الهداية**»: (وَكَذَا مِنْ أَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ بِيضٌ، وَمِنَ الْآخَرِ سُودٌ)، أي: وكذا يَجُوزُ أنْ يَشْتَرِكا مِن أحدِ[3] الشريكَيْن دراهمُ بِيضٌ، ومِن الشَّرِيكِ الآخرِ دراهمُ سُودٌ.

قال في «الأسرار»: «وكذلك الصِّحَاحُ والمكَسَّرةُ؛ خلافًا لزُفَرَ والشَّافعيِّ[4] رحمهما الله».

لهما: أن الدراهمَ والدنانيرَ مالان لَمْ يَخْتَلِطا، فلا تَنْعَقِدُ بهما الشَّرِكَةُ؛ قياسًا على الدراهمِ معَ العُرُوضِ.

ولنا: أنهما مالان مِن جنسِ الأثمانِ، فتَنْعَقِدُ بهما الشَّرِكَةُ، كما إذا كانا مِن

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٢) ينظر: نفس المصدر السابق.

(٣) وقع بالأصل: «ومن أحد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) **يعني**: لا تجوز الشركة عندهما إذا كان مِن أحد الشريكَيْن دراهمُ صِحَاح، ومِن الآخر دراهمُ مكسَّرة أوْ قُراضة. ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٦/ ٤٨١]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» لأبي إسحاق الشيرازي [ص/ ١٠٧]. و«روضة الطالبين» للنووي [٤/ ٢٧٧].

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ رحمهما الله: لَا يَجُوزُ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى اشْتِرَاطِ الْخَلْطِ وَعَدَمِهِ، فَإِنَّ عِنْدَهُمَا شَرْطٌ وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي مُخْتَلِفِي الْجِنْسِ، وَسَنُبَيِّنُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى.

قَالَ: وَمَا اشْتَرَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلشَّرِكَةِ؛ طُولِبَ بِثَمَنِهِ دُونَ الْآخَرِ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ يَتَضَمَّنُ الْوَكَالَةَ دُونَ الْكَفَالَةِ، وَالْوَكِيلُ هُوَ الْأَصْلُ فِي الْحُقُوقِ.

غاية البيان

جنسٍ واحدٍ على صفةٍ واحدةٍ، بخلافِ الدراهمِ معَ العُرُوضِ؛ لأن أحدَ البدلَيْن ليس مِن جنسِ الأثمانِ، ولأن أوَّلَ هذا العقدِ توكيلٌ في التصرُّفِ، وآخرُه اشتراكٌ في الرِّبْحِ، فلَمْ يُشْتَرطِ الاتحادُ في المالِ ولا الخلْطُ، كما في المُضَارَبَةِ.

فلو قال زُفرُ: إن الشَرِكَةَ في الجنْسَيْنِ[١] تُؤدِّي إلى جهالةِ الرِّبْحِ؛ لأن رأسَ المالِ عندَ القِسْمَةِ يُسْتَوْفَى بِالقِيمَةِ، وهي مجهولةٌ، فلا تَصِحُّ الشَرِكَةُ كالعُرُوضِ.

قلنا: لَا نُسَلِّمُ الجهالةَ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما يُمْكِنُه أن يَسْتَوْفِيَ رأسَ مالِه بعيْنِه مِن غيرِ قِيمَةٍ، بخلافِ [٣١/٢و] العُرُوضِ، فظَهَر الفرْقُ.

قولُه: (وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ)، أي: الخلْطُ.

[١٧/٥ظ/م] **قولُه: (وَسَنُبَيِّنُهُ)**، **أي:** سَنُبَيِّنُ اشتراطَ الخلْطِ في جوازِ الشَرِكَةِ عندَ زُفَرَ والشَّافِعِيّ رحمهما الله، وعدم اشتراطه عندَنا[٢]؛ عندَ قولِه: **(وَتَجُوزُ الشَرِكَةُ وَإِنْ لَمْ يَخْلِطَا الْمَالَ)**.

قولُه: (قَالَ: وَمَا اشْتَرَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِلشَرِكَةِ؛ طُولِبَ بِثَمَنِهِ دُونَ الْآخَرِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في **«مختصره»**[٣]، وهذا لِمَا أن شَرِكَةَالعِنَانِ تَنْعَقِدُ على الوَكَالَةِ

(١) وقع بالأصل: «الجنس». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٢) وقع بالأصل: «عندهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

قَالَ: ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَىٰ شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْهُ مَعْنَاهُ إِذَا أَدَّىٰ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ فِي حِصَّتِهِ [٢٤٠/ظ] فَإِذَا نَقَدَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ رَجَعَ عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ لَا يُعْرَفُ ذَلِكَ إِلَّا بِقَوْلِهِ فعَلَيْهِ الْحُجَّةُ؛ لِأَنَّهُ يَدَّعِي وُجُوبَ الْمَالِ فِي ذِمَّةِ الْآخَرِ وَهُوَ يُنْكِرُ، فَالْقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ مَعَ يَمِينِهِ.

قَالَ: وَإِذَا هَلَكَ مَالُ الشَّرِكَةِ، أَوْ أَحَدُ الْمَالَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَا شَيْئًا بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ؛ لِأَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ الْمَالُ، فَإِنَّهُ يَتَعَيَّنُ فِيهِ كَمَا فِي الْهِبَةِ

غاية البيان

دونَ الكَفَالَةِ، فلا يَكُونُ كلُّ واحدٍ منهما كفيلًا عن الآخَرِ، فلَمَّا كان انعقادُها علىٰ الوَكَالَةِ؛ كان المُشْتَرَىٰ واقِعًا لنفسِه في البعضِ بطريقِ الأصالةِ، ولشريكِه في البعضِ الآخَرِ بطريقِ الوَكَالَةِ، والعاقدُ في الشراءِ هو المطالِبُ بالحقوقِ، فلهذا تُوَجَّهُ المطالَبةُ إليه دونَ شريكِه.

قولُه: (قَالَ: ثُمَّ يَرْجِعُ عَلَىٰ شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنْهُ)، **أي:** قال القُدُورِيُّ[1]: ثم يَرْجِعُ الذي اشترَىٰ علىٰ شريكِه بحِصَّةِ شريكِه مِن الثمنِ، يعني: إذا قضَىٰ المشترِي الثمنَ مِن مالِ نفسِه، لا مِن مالِ الشَّرِكَةِ؛ لأنه وَكِيلٌ في نصيبِ صاحبِه، والوَكِيلُ إذا أَدَّىٰ الثمنَ مِن مالِ نفسِه؛ يَرْجِعُ علىٰ المُوَكِّلِ، فكذا هنا.

ثم قال: إذا كان لا يَعْرِفُ أداءَ الثمَنِ مِن مالِ نفسِه، لا مِن مالِ الشَرِكَةِ إلا بقولِه؛ فعليه إقامةُ البَيِّنَةِ علىٰ ذلك، وإنْ عجَز عن ذلك؛ فالقولُ لصاحبِه معَ يمينِه.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا هَلَكَ مَالُ الشَّرِكَةِ، أَوْ أَحَدُ الْمَالَيْنِ قَبْلَ أَنْ يَشْتَرِيَا [شَيْئًا][2]؛ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[3]، وهذا لأن بهلاكِ المالِ يَفُوتُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٢) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

وَالْوَصِيَّةِ، وَبِهَلَاكِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ يَبْطُلُ الْعَقْدُ كَمَا فِي الْبَيْعِ، بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ

المعقودُ عليه، فإذا مات المعقودُ عليه؛ لا يَبْقَى العقدُ كما في البيعِ، وإنما يَفُوتُ المعقودُ عليه بفَوَاتِ المالِ؛ لأن المالَ ـ وهو النقودُ في الشَّرِكَةِ ـ [تتَعَيَّنُ][1]، وإنْ كانت لا تتَعَيَّنُ في سائرِ المُفَاوَضاتِ عندَنا، خلافًا لزُفرَ والشَّافعيِّ.

ثم بطلانُ الشَرِكَةِ عندَ هلاكِ المالَيْن ظاهرٌ، وكذا إذا هلَك أحدُ المالَيْن قبْلَ وجودِ التصَرُّفِ؛ لأن الشَرِكَةَ لَمَّا بطلَتْ في الهالكِ؛ بطلَتْ فيما يقابِلُه؛ لأن صاحبَهُ لَمْ يرْضَ بمشاركَتِه في مالِه إلا بشَرْطِ أن يَشْرَكَهُ هو في مالِه أيضًا، وقد عُدِمَ هذا الشرطُ بهلاكِ أحدِ المالَيْن؛ فبطلَتِ الشَرِكَةُ في المالَيْن جميعًا.

ثم الهالكُ يُعْتَبرُ هالِكًا مِن مالِ صاحبِه، حتىٰ لا يَرْجِعَ بنصفِ الهالكِ علىٰ الشَّريكِ الآخَرِ؛ لأنه لَمْ يهْلِكْ علىٰ الشَّرِكَةِ، حيثُ [٥/١٨و/م] بطلَتِ الشَرِكَةُ بهلاكِ المالِ، وهذا ظاهرٌ إذا هلَك في يدِ صاحبِه، وكذا إذا هلَك في يدِ الآخَرِ؛ لأن المالَ في يدِه أمانةٌ، ولا ضَمانَ علىٰ الأمينِ، بخلافِ ما إذا هلَك بعدَ الخلْطِ؛ لأنه يهْلِكُ علىٰ الشَّرِكَةِ؛ لعدمِ التميُّزِ.

ثم قولُ صاحبِ «الهداية»: (**بِخِلَافِ الْمُضَارَبَةِ وَالْوَكَالَةِ الْمُفْرَدَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ الثَّمَنَانِ فِيهِمَا بِالتَّعْيِينِ، وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنَانِ بِالْقَبْضِ**) فيه نظرٌ؛ لأن النقودَ تتَعَيَّنُ في المُضَارَبَةِ والشَرِكَةِ جميعًا قبلَ القبضِ والتسليمِ، حتىٰ إذا هلكَتْ قبلَ التسليمِ بطَلَتا نصَّ عليه في «**الزيادات**» في: «بابٌ مِن الوَكَالَةِ بالشيءِ يَكُونُ علىٰ غيرِ ما أمَرَهُ»[2]، بخلافِ الوَكَالَةِ؛ فإن النقودَ فيها لا تتَعَيَّنُ قبلَ التسليمِ، أمَّا بعدَ التسليمِ:

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) **وتمامُ ترجمة الباب**: «يجوز أمْ لا يجوز». ينظر: «الزيادات/ بشرح قاضي خان» لمحمد بن الحسن [ق١١٣/أ/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥١٨)].

وَالْوَكَالَةِ الْمُفْرَدَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ الثَّمَنَانِ فِيهِمَا بِالتَّعْيِينِ، وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنَانِ بِالْقَبْضِ

ففي تعيُّنها اختلافُ المشايخِ[١].

قال فخرُ الإسلامِ في «شرح الزيادات»: «في رَجُلٍ وَكَّلَ رَجُلًا بأنْ يَشتَرِيَ له جاريةً بما في هذ الكيسِ، وهو ألفُ درهمٍ، أوْ بألفِ درهمٍ التي هي في هذا الكيسِ، فاشتراها له كما أَمَره، ثم نظَر فإذا في الكيسِ دنانيرُ، أوْ فُلوسٌ، أوْ أقلُّ مِن ألفٍ، أوْ لا شيءَ فيه؛ فإن الشراءَ جائزٌ على المُوَكِّلِ؛ لأن الوَكالةَ لا يُرادُ بها إلا الامتثالَ، فاعْتُبِرَتِ الوَكَالةُ بالشراءِ بعَقْدِ الشراءِ لَمَّا كان وسيلةً لا غيرَ، والنقودُ لا تَتَعَيَّنُ في الشراءِ، فلَمْ تتعَيَّنْ في الوَكَالةِ.

[٣١/٢ظ] بخلافِ المُضارَبةِ والشَّرِكَةِ؛ فإنها تَتَعَيَّنُ، حتى إذا هلكَتْ قبلَ التسليمِ؛ بطلَتِ المُضَارَبَةُ والشَّرِكَةُ بخلافِ الوَكالةِ؛ لأن المَقْصُودَ مِن الشَّرِكَةِ: الاشتراكُ، والرِّبْحُ، والتصرُّفاتُ مِن ثمراتِه، فلَمْ يُعْتَبَرْ بالشراءِ والبيعِ، بل اعْتُبِرَ بنفسِه، وهو بنفسِه ليس بمُعَاوضةٍ[٢]، لكنَّه بمعنى الهِبَةِ، فتعَيَّنَتِ النقودُ فيها.

فأَمَّا إذا اتَّصل التسليمُ في الوَكَالةِ: فقد قال بعضُ مشايخِنا: يَتَعَيَّنُ فيها النقودُ، وقال بعضُهم: لا تَتَعَيَّنُ» إلى هنا لفْظُ فخرِ الإسلامِ رحمه الله.

قولُه: (وَالْوَكَالَةِ الْمُفْرَدَةِ) احترازٌ عن الوَكَالةِ الثابتةِ في ضِمْنِ [عَقْدِ][٣] الشَّرِكَةِ، وفي ضِمْنِ عَقْدِ الرَّهْنِ؛ فإن النقودَ تتَعَيَّنُ فيها.

قولُه: (الثَّمَنَانِ)، أراد بهما: الدرهمَ والدينارَ.

---

(١) رده العيني بقوله: قال شيخي العلاء: الذي ذكره في «الزيادات» من اشتراط قبض رأس المال في المضاربة محمول على عقد المضاربة بالتعاطي، وهو أن يقول رب المال للمضارب: خذ هذا المال مضاربة بالنصف، فإن المضاربة رب لو لم تعرف تبطل المضاربة، وهذا يرد نظر الأترازي. ينظر: «البناية شرح الهداية» [٤٠١/٧].

(٢) وقع بالأصل: «بمفاوضة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

عَلَىٰ مَا عُرِفَ.

وَهَذَا ظَاهِرٌ فِيمَا إِذَا هَلَكَ الْمَالَانِ، وَكَذَا إِذَا هَلَكَ أَحَدُهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِشَرِكَةِ صَاحِبِهِ فِي مَالِهِ إِلَّا لِيَشْرَكَهُ فِي مَالِهِ، وَإِذَا فَاتَ ذَلِكَ لَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِشَرِكَتِهِ فَبَطَلَ الْعَقْدُ لِعَدَمِ فَائِدَتِهِ، وَأَيُّهُمَا هَلَكَ هَلَكَ مِنْ مَالِ صَاحِبِهِ؛ إِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِي يَدِ الْآخَرِ؛ لِأَنَّهُ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ مَا بَعْدَ الْخَلْطِ حَيْثُ يَهْلَكُ عَلَى الشَّرِكَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَمَيَّزُ **فَيُجْعَلُ الْهَالِكُ مِنَ الْمَالَيْنِ**.

وَإِنِ اشْتَرَىٰ أَحَدُهُمَا بِمَالِهِ، وَهَلَكَ مَالُ الْآخَرِ قَبْلَ الشِّرَاءِ؛ فَالْمُشْتَرَىٰ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ مَا شَرَطَا، لِأَنَّ الْمِلْكَ حِينَ وَقَعَ وَقَعَ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا؛ لِقِيَامِ الشَّرِكَةِ وَقْتَ الشِّرَاءِ فَلَا يَتَغَيَّرُ الْحُكْمُ بِهَلَاكِ مَالِ الْآخَرِ بَعْدَ ذَلِكَ.

غاية البيان

قولُه [٥/١٨ظ/م]: (**فَيُجْعَلُ الْهَالِكُ مِنَ الْمَالَيْنِ**)، أي: يُجْعَلُ الهالكُ هالِكًا مِن المالَيْنِ.

قولُه: (وَإِنِ اشْتَرَىٰ أَحَدُهُمَا بِمَالِهِ، وَهَلَكَ مَالُ الْآخَرِ قَبْلَ الشِّرَاءِ؛ فَالْمُشْتَرَىٰ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ مَا شَرَطَا)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «**مختصره**»[(١)]، وذلك لأنه اشترىٰ حينَ كانتِ الشَرِكَةُ قائمةً بينَهُما، فوقَع المِلْكُ بينَهُما، ثم هلاكُ مالِ الآخرِ بعدَ ذلك لا يُغَيِّرُ[(٢)] حُكْمَ المِلْكِ.

ثم اختلَف محمدٌ والحسنُ بنُ زيادٍ: فقال محمدٌ: هي عقْدُ شَرِكَةٍ، حتىٰ [إنَّ][(٣)] أيَّهما باعَه جازَ[(٤)].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٢) وقع بالأصل: «لا يعتبر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) قال في «التصحيح والترجيح» [ص٢٤٦]: والشركة شركة عقد حتى إن أيهما باع جاز بيعه، وقال الحسن=

. . . .

وقال **الحسنُ**: شَرِكَةُ مِلْكٍ، حتىٰ لا يَجُوزُ لأحدِهما أنْ يَتَصرَّفَ في نصيبِ الآخَرِ.

وَجهُ قولِ الحسنِ: أن الشَرِكَةَ التي عقَدَاها ارتفعَتْ بهلاكِ مالِ الآخَرِ، وإنما بقِيَ ما هو حُكْمُ الشراءِ، وهو المِلْكُ، فلَمْ يَجُزْ لأحدِهما أن يَتَصَرَّفَ في نصيبِ الآخَرِ.

ووَجهُ قولِ محمَّدٍ: أن هلاكَ أحدِ المالَيْنِ وقَع بعدَما حصَل المَقْصُودُ مِن الشَرِكَةِ بالمالِ الآخَرِ، وهو الشراءُ، فتمَّتِ الشَرِكَةُ في المُشْتَرَىٰ، وإنْ كانت مرتفعةً في الهالكِ، ثم هلاكُ المالِ الآخَرِ بعدَ تمامِ الشَّرِكَةِ لا يُغَيِّرُ حُكْمَها، فجاز تصَرُّفُ كلٍّ في نصيبِ الآخَرِ.

ثم لَمَّا كان المُشْتَرَىٰ بينَهما: قال القُدُورِيُّ ﵀: «يَرْجِعُ علىٰ شريكِه بحِصَّتِه مِن الثمنِ»[1] أي: بحصَّةِ الشَّريكِ مِن ثمنِ المُشْتَرَىٰ، وذلك لأنه اشترىٰ حصَّة الشَّريكِ بالوكالةِ [منه][2]، وقد قضَىٰ نصيبَ الشَّريكِ مِن مالِ نفْسِه، والوَكِيلُ إذا قضَىٰ الثمنَ مِن مالِ نفسِه؛ يَرْجِعُ علىٰ المُوَكِّلِ، فكذا هنا.

هذا الذي قلنا فيما إذا اشترىٰ أحدُهما بمالِه، ثم هلَك مالُ الآخَرِ، أمَّا إذا هلَك أحدُ المالَيْن ثم اشتَرىٰ الآخرُ بمالِه؛ فلا يَخْلُو مِن أحدِ الأمرَيْن: إمَّا أنْ تَكُونَ الوَكَالَةُ مُصرَّحًا بها أوْ ثابتةً في ضِمْنِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ.

فالأوَّلُ: مِثْلُ: أن يَشْتَرِكا علىٰ أن ما يَشْتَريه[3] كلُّ واحدٍ منهما؛ فهو بينَهُما، والرِّبْحُ بينَهُما نصفَيْنِ أوْ أثلاثًا.

= ابن زياد: شركة أملاك، والمعتمد قول محمد علىٰ ما مشىٰ عليه في «المبسوط» [١٥٢/١١]. اهـ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «يشير به». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

ثُمَّ الشَّرِكَةُ شَرِكَةُ عَقْدٍ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمه الله؛ خِلَافًا لِلْحَسَنِ بْنِ زِيَادٍ رحمه الله، حَتَّىٰ إِنَّ أَيَّهُمَا بَاعَ جَازَ بَيْعُهُ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ قَدْ تَمَّتْ فِي الْمُشْتَرَىٰ فَلَا تُنْتَقَضُ بِهَلَاكِ الْمَالِ بَعْدَ تَمَامِهَا.

قَالَ: **وَيَرْجِعُ عَلَىٰ شَرِيكِهِ بِحِصَّةٍ مِنْ ثَمَنِهِ**؛ لِأَنَّهُ اشْتَرَىٰ نِصْفَهُ بِوِكَالَتِهِ، وَنَقَدَ الثَّمَنَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ وَقَدْ بَيَّنَاهُ.

هَذَا إِذَا اشْتَرَىٰ أَحَدُهُمَا بِأَحَدِ الْمَالَيْنِ أَوَّلًا ثُمَّ هَلَكَ مَالُ الْآخَرِ.

غاية البيان

والثاني: مِثْلُ أن يَشْتَرِكا على أن يَشْتَرِيا ويَبِيعا، فما كان مِن رِبْحٍ فهو بينَهما نصفَيْن أوْ أثلاثًا.

ففي الوَكَالَةِ المُصَرَّحِ[1] **بها**: يَكُونُ المُشْتَرَىٰ بينَهُما بحُكْمِ الوَكَالَةِ المقصودةِ، لا بحُكْمِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ؛ لأن الشَرِكَةَ بطلَتْ بهلاكِ أحدِ المالَيْن، فبَقِيَتِ [٥/١٩و/م] الوَكَالَةُ المقصودةُ، فكان الشراءُ واقِعًا لهما، والمِلْكُ بينَهما على ما شَرَطا، ويَرْجِعُ علىٰ شريكِه بحصَّتِه مِن الثمنِ، فتكُونُ الشَرِكَةُ شَرِكَةَ مِلْكٍ، لا يَجُوزُ لأحدِهما أن يَتصرَّفَ في نصيبِ[2] الآخَرِ إلا بإذْنِه؛ لأن المِلْكَ حصَل بالوكَالةِ، والوَكِيلُ لا يَتصرَّفُ في المُشْتَرَىٰ بدونِ إذْنِ المُوَكِّلِ، فكذا هذا.

أمَّا في الوَكَالَةِ الثابتةِ في ضِمْنِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ: يَكُونُ المُشْتَرَىٰ لمنِ اشتراه خاصَّةً؛ لأنه اشتَراه عندَ زوالِ الشَرِكَةِ والوَكَالةِ جميعًا؛ لأن الوَكَالَةَ كانت ثابتةً في ضِمْنِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ، فلَمَّا بطلَتِ الشَرِكَةُ التي تضَمَّنَتْها؛ بَطَلَ ما كان في ضِمْنِها تبَعًا.

[٢/٣٢و] **قولُه**: (وَقَدْ بَيَّنَّاهُ) إشارةٌ إلىٰ قولِه: (**مَعْنَاهُ: إِذَا أَدَّىٰ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ فِي حِصَّتِهِ**).

(١) وقع بالأصل: «مصرح». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) في: «ن»: «في مال نصيب».

أَمَّا إِذَا هَلَكَ مَالُ أَحَدِهِمَا ثُمَّ اشْتَرَىٰ الْآخَرُ بِمَالِ الْآخَرِ، إِنْ صَرَّحَا بِالْوَكَالَةِ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ فَالْمُشْتَرَىٰ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمَا عَلَىٰ مَا شَرَطَا؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ إِنْ بَطَلَتْ فَالْوَكَالَةُ الْمُصَرَّحُ بِهَا قَائِمَةٌ فَكَانَ مُشْتَرَكًا بِحُكْمِ الْوَكَالَةِ، وَتَكُونُ شَرِكَةَ مِلْكٍ، وَيَرْجِعُ عَلَىٰ شَرِيكِهِ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ لِمَا بَيَّنَاهُ.

وَإِنْ كَانَ ذَكَرَا مُجَرَّدَ الشَّرِكَةِ وَلَمْ يَنُصَّا عَلَىٰ الْوَكَالَةِ فِيهَا كَانَ الْمُشْتَرَىٰ لِلَّذِي اشْتَرَاهُ خَاصَّةً؛ لِأَنَّ الْوُقُوعَ عَلَىٰ الشَّرِكَةِ حُكْمُ الْوَكَالَةِ الَّتِي تَضَمَّنَتْهَا الشَّرِكَةُ، فَإِذَا بَطَلَتْ؛ يَبْطُلُ مَا فِي ضِمْنِهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا صَرَّحَ بِالْوَكَالَةِ؛ لِأَنَّهَا مَقْصُودَةٌ.

قَالَ: وَتَجُوزُ الشَرِكَةُ وَإِنْ لَمْ يَخْلِطَا الْمَالَ.

غاية البيان

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّاهُ) إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مِنْ جِهَتِهِ).

قولُه: (وَإِنْ كَانَ ذَكَرَا مُجَرَّدَ الشَّرِكَةِ)، عطفٌ علىٰ قولِه: (إِنْ صَرَّحَا بِالوَكَالَةِ).

قولُه: (فَإِذَا بَطَلَتْ؛ يَبْطُلُ مَا فِي ضِمْنِهَا)، أي: فإذا بطلَتِ الشَرِكَةُ تَبْطُلُ الوَكَالَةُ الثابتةُ في ضِمْنِ عَقْدِ الشَرِكَةِ أيضًا، وقد مَرَّ البيانُ.

قولُه: (قَالَ: وَتَجُوزُ الشَرِكَةُ وَإِنْ لَمْ يَخْلِطَا الْمَالَ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[١].

وقال زُفَرُ رحمه الله: لا تَصِحُّ الشَرِكَةُ حتَّىٰ يخلِطا المالَيْن خلْطًا لا يَتَميَّزُ أحدُهما مِن الآخرِ، وبه قال الشَّافِعِيُّ[٢] رحمه الله، كذا في «شرح الأَقْطَع»[٣].

وَجْهُ قولِهما: أن الرِّبْحَ فرْعُ المالِ، ثم الشَرِكَةُ في الفرعِ ـ الذي هو الرِّبْحُ ـ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٢) ينظر: «الحاوي» [٦/ ٤٨٢]، «البيان» [٦/ ٣٦٧]، «روضة الطالبين» [١/ ١٣٢]، «النجم الوهاج» [٥/ ١٢]، «كفاية الأخيار» [ص٢٦٩].

(٣) ينظر: شرح «مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣٣٦].

وَقَالَ زُفَرُ [٢٤١/و] وَالشَّافِعِيُّ رحمهما الله: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ فَرْعُ الْمَالِ، وَلَا يَقَعُ الْفَرْعُ عَلَى الشَّرِكَةِ إِلَّا بَعْدَ الشَّرِكَةِ فِي الْأَصْلِ وَأَنَّهُ بِالْخَلْطِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ

غاية البيان

لا تكُونُ إلا بعدَ وجودِ الشَرِكَةِ في الأصلِ الذي هو المالُ، ولا تكُونُ الشَرِكَةُ في المالِ بلا خَلْطٍ؛ لأن الشَرِكَةَ هي الخُلْطةُ.

وإنما قلنا: إن المالَ أصلٌ والرِّبْحَ فرْعُه؛ لأن محلَّ العقدِ هو المالُ.

والدليلُ على أن الرِّبْحَ فرْعُ المالِ: أن الرِّبْحَ يُضافُ إلى المالِ، وكذا يُشْتَرطُ تعْيينُ رأسِ المالِ، فلَمَّا ثبتَ هذا الأصلُ ـ وهو أن الرِّبْحَ فرْعُ المالِ، والشَرِكَةُ في الفرعِ لا تكُونُ إلا بعدَ الشَرِكَةِ في الأصلِ ـ اشْترَطا الاتِّحادَ في الجنسِ، والخلْطَ، والتساوِيَ في الرِّبْحِ عندَ التساوِي في المالِ، ولَمْ يُجوِّزا شَرِكَةَ التَّقبُّلِ [٥/١٩ظ/م] لعدمِ المالِ.

ولنا: أنه عَقْدٌ يُقْصَدُ به الرِّبْحُ، فلا يَكُونُ الخلْطُ مِن شَرْطِه كالمُضاربةِ، أَلَا ترى أنه لو قال لرَجُلٍ: اشْترِ عبداً بألفٍ على أن يَكُونَ بينَنا نِصفَيْن، وقال له الآخرُ مِثْلَ ذلك، فاشتَرَيا عبدَيْن؛ صار كلُّ واحدٍ مِن العبدَيْن مشتركًا بينَهما مِن غيرِ خَلْطٍ، فإذا حصلَتِ الشَرِكَةُ هنا بلا خَلْطٍ فلأنْ تَجوزَ بلا خلْطٍ في ضِمْنِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ أَوْلَى؛ لأنه كمْ مِن شيءٍ يَثْبُتُ ضِمْنًا، ولا يَثْبُتُ قصداً، ولأن الشَرِكَةَ في الرِّبْحِ فرْعُ الشَرِكَةِ في العقدِ؛ لأن هذا العقدَ اسمُه شَرِكَةٌ؛ لأنه لا يُسَمَّى بغيرِ ذلك مِن العقودِ كَالنِّكَاحِ والبيعِ ونحوِهما[1]، فلَمَّا حَصَلَتِ الشَرِكَةُ في الأصلِ الذي هو العقدُ؛ حَصَلَتِ الشَرِكَةُ في الفرعِ، وهو الرِّبْحُ أيضًا؛ لتحقيقِ معنى اسمِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ، فلَمْ يُشْترَطِ الخلطُ[2].

---

(١) وقع بالأصل: «ونحوها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «المبسوط» [١١/١٥٢]، «تحفة الفقهاء» [٣/٦]، «بدائع الصنائع» [٦/٦٠]، «العناية» [٦/١٨١]، «الجوهرة النيرة» [١/٢٨٨]، «البحر الرائق» [٥/١٨٩]، «مجمع الضمانات»=

الْمَحِلَّ هُوَ الْمَالُ؛ وَلِهَذَا يُضَافُ إِلَيْهِ، وَيُشْتَرَطُ تَعْيِينِ رَأْسِ الْمَالِ، بِخِلَافِ

غاية البيان

بيانُ ذلك: أن عَقْدَ الشَرِكَةِ يُوجِبُ التصَرُّفَ لكلِّ واحدٍ مِن الشريكَيْن في نصيبِ الآخَرِ بسبيلِ الوَكَالةِ، ثم التصَرُّفُ يَكُونُ سببًا للرِّبْحِ، فإذا حصَل الرِّبْحُ؛ كان مُسْتَنِدًا إلى العقدِ؛ لأنَّ العقدَ عِلَّةُ الوَكَالَةِ في التصَرُّفِ، والتصرُّفُ بحُكْمِ الوَكَالةِ عِلَّةُ الرِّبْحِ، والحُكْمُ كما يُضافُ إلى العِلَّةِ يُضَافُ إلى عِلَّةِ العلَّةِ، فكان الرِّبْحُ مُسْتَنِدًا إلى العقدِ بهذا الطريقِ، لا إلى المالِ كما قالا[1].

فلَمَّا صحَّ أن الرِّبْحَ فرْعُ العقدِ، وقد حصَلتِ الشَرِكَةُ في الأصلِ ـ وهو العقدُ بلا خَلْطٍ ـ حَصَلَتِ الشَرِكَةُ في الفرعِ، وهو الرِّبْحُ الذي استُفِيدَ مِن العقدِ، فلَمْ يَكُنِ اتِّحادُ الجنسِ شرطًا، ولا الخلْطُ، ولا التساوي في الرِّبْحِ، وصَحَّتْ شَرِكَةُ التَّقَبُّلِ وإنْ لَمْ يُوجَدِ المالُ، ولَا نُسَلِّمُ أن الرِّبْحَ فرْعُ المالِ، ألَا ترى أن المُضَارِبَ يَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ بلا اشتراكٍ في أصلِ المالِ.

فإنْ قالوا: موضوعُ عَقْدِ الشَرِكَةِ خلْطُ المالَيْن، فإذا لَمْ يُوجَدِ الخلْطُ؛ لا يُوجَدُ مقتَضى العقدِ، فيَفْسُدُ، كما في الصَّرْفِ والسَّلَمِ إذا لَمْ يحْصُلْ مقتَضاهما في المجلِسِ، وهو التقابُضُ[2].

قلنا: لَا نُسَلِّمُ أن موضوعَهُ الخلْطُ، وهو عيْنُ النزاعِ، وكيفَ يُقالُ هذا والإنسانُ لا يقْصِدُ بالشَرِكَةِ معَ آخَرَ أنْ يَكُونَ لصاحبِه حقٌّ في [٣٢/٢ظ] مالِه، بلِ المَقْصُودُ: الشَرِكَةُ في [٢٠/٥و/م] الرِّبْحِ والأعيانِ المُشْتراةِ، والشَرِكَةُ فيهما[3] تحصُلُ

= [٢٩٨/١]، «اللباب في شرح الكتاب» [١٢٧/٢].

(١) وقع بالأصل: «كما قال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) في: «غ»: «التقابُض يفْسُدان». وقد أشار في حاشية: «ك» إلى تلك الزيادة: «يفْسُدان»، ثم ذَكَر أنها ليستْ بثابتة في نسخة المصنِّف، وإنما أُلْحِقَتْ ببعضها.

(٣) أي: في الرِّبْح والأعيانِ المُشْتراة. كذا جاء في حاشية: «م»، و«غ».

الْمُضَارَبَةِ؛ لأَنَّهَا لَيْسَتْ بِشَرِكَةٍ، وَإِنَّمَا هُوَ يَعْمَلُ لِرَبِّ الْمَالِ فَيَسْتَحِقُّ الرِّبْحَ عُمَالَةَ عَمَلِهِ، أَمَّا هَاهُنَا بِخِلَافِهِ، وَهَذَا أَصْلٌ كبير لَهُمَا حَتَّىٰ يُعْتَبَرَ اتِّحَادُ الْجِنْسِ. وَيُشْتَرَطُ الْخَلْطُ وَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي الرِّبْحِ مَعَ التَّسَاوِي فِي الْمَالِ.

وَلَا يَجُوزُ شَرِكَةُ التَّقَبُّلِ وَالْأَعْمَالِ؛ لِانْعِدَامِ الْمَالِ. وَلَنَا: أَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ مُسْتَنَدَةٌ إِلَىٰ الْعَقْدِ دُونَ الْمَالِ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يُسَمَّىٰ شَرِكَةً فَلَا بُدَّ مِنْ تَحْقِيقِ مَعْنَىٰ هَذَا الِاسْمِ فِيهِ، فَلَمْ يَكُنِ الْخَلْطُ شَرْطًا، وَلِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ

غاية البيان

بلا خَلْطٍ، فإذا لَمْ يَكُنْ موضوعُه الخلْطَ؛ فقد فسدَ القياسُ.

فَإِنْ قُلْتَ: قبْلَ الخلطِ يَبْقَىٰ المالان متميِّزَيْن، ولا تصحُّ الشَرِكَةُ في المتميِّزَيْن، كما في العُرُوضِ.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّم أن عِلَّةَ فسادِ الشَرِكَةِ في الأصلِ عدمُ التميُّزِ، بل العلَّةُ فيها أنها ليست مِن جنسِ الأثمانِ، يُفْضِي إلىٰ رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ، بخلافِ النقدَيْنِ، وقد مرَّ بيانُ هذا في أوَّلِ الفصْلِ.

قولُه: (عُمَالَةَ عَمَلِهِ) نُصِبَ بنَزْعِ الخافضِ؛ أي: مِن عُمالَةِ عمَلِه، وهي أُجْرَةُ العملِ.

قولُه: (وَهَذَا أَصْلٌ) إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّ الرِّبْحَ فَرْعُ الْمَالِ).

قولُه: (لَهُمَا)، أي: لزُفَرَ والشَّافعيِّ[(١)].

قولُه: (حَتَّىٰ يُعْتَبَرُ اتِّحَادُ الْجِنْسِ) إيضاحٌ لكونِ [هذا][(٢)] المذكورِ أصلًا.

قولُه: (وَلِأَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ)، يعني: في الشراءِ لا في الشَّرِكَةِ،

(١) ينظر: «الحاوي» [٤٨٢/٦]، «البيان» [٣٦٧/٦]، «روضة الطالبين» [١٣٢/١]، «النجم الوهاج» [١٢/٥]، «كفاية الأخيار» [ص٢٦٩].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

فَلَا يُسْتَفَادُ الرِّبْحُ بِرَأْسِ الْمَالِ، وَإِنَّمَا يُسْتَفَادُ بِالتَّصَرُّفِ؛ لِأَنَّهُ فِي النِّصْفِ أَصِيلٌ وَفِي النِّصْفِ وَكِيلٌ. وَإِذَا تَحَقَّقَتِ الشَّرِكَةُ فِي التَّصَرُّفِ بِدُونِ الْخَلْطِ تَحَقَّقَتْ فِي الْمُسْتَفَادِ بِهِ وَهُوَ الرِّبْحُ بِدُونِهِ، وَصَارَ كَالْمُضَارَبَةِ فَلَا يُشْتَرَطُ اتِّحَادُ الْجِنْسِ وَالتَّسَاوِي فِي الرِّبْحِ، وَتَصِحُّ شَرِكَةُ التَّقَبُّلِ.

قَالَ: **وَلَا تَجُوزُ الشَرِكَةُ إِذَا شُرِطَ لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ مُسَمَّاةٌ مِنَ الرِّبْحِ**؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ يُوجِبُ انْقِطَاعَ الشَّرِكَةِ، فَعَسَاهُ لَا يُخْرِجُ إِلَّا قَدْرَ الْمُسَمَّىٰ لِأَحَدِهِمَا،

غاية البيان

أي: لا يَتعيَّنانِ في حقِّ الاستحقاقِ إذا وجَبَ الشراءُ بهما.

قولُه: (فِي الْمُسْتَفَادِ بِهِ)، أي: بالتصرُّفِ[1].

قولُه: (وَهُوَ الرِّبْحُ)، أي: المستفادُ هو الرِّبْحُ.

قولُه: (بِدُونِهِ)، أي: بدونِ الخلْطِ.

قولُه: (وَصَارَ كَالْمُضَارَبَةِ)، أي: صار عَقْدُ الشَرِكَةِ كالمُضارَبةِ، **يعني**: أن الرِّبْحَ في المُضارَبَةِ يُسْتَحقُّ بلا شَرِكَةٍ في أصلِ المالِ، وكذلك في عَقْدِ الشَّرِكَةِ، فلَمْ يَلْزَمْ مِن الاشتراكِ في الرِّبحِ الاشتراكُ في أصلِ المالِ.

قولُه: (قَالَ: **وَلَا تَجُوزُ الشَرِكَةُ إِذَا شُرِطَ لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمُ مُسَمَّاةٌ مِنَ الرِّبْحِ**)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[2]، وذلك لأنه شرْطٌ يَقْتَضِي [رفْعَ][3] عَقْدِ الشَّرِكَةِ؛ لأنه مِن الجائزِ ألَّا يَكُونَ الرِّبْحُ سوىٰ القدرِ المذكورِ، فحينئذٍ يَكُونُ الرِّبْحُ لأحدِهما خاصَّةً، وهو خلافُ مقتضىٰ الشَّرِكَةِ؛ لأن مُقْتَضَاها الاشتراكُ في الرِّبْحِ لا اختصاصُ واحدٍ منهما.

---

(١) وقع بالأصل: «بالصرف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَنَظِيرُهُ فِي الْمُزَارَعَةِ.

غاية البيان

ونقَل في «الفتاوىٰ الصغْرَىٰ»: «عن شيخِ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه أنه ذكَر في أوَّلِ المُضَارَبَةِ: أن الشركاتِ لا تَبْطُلُ بالشروطِ الفاسدةِ؛ [لأن فيها معنىٰ الوَكَالَةِ، والوكالاتُ لا تَبْطُلُ بالشروطِ الفاسدةِ](١)، وإذا شرَطَ في المُضَارَبَةِ رِبْحَ عشرةٍ، أوْ في الشَرِكَة [٥/٢٠ظ/م]؛ تَبْطُلُ، لا لأنه شرْطٌ فاسدٌ؛ بل لأنه شرْطٌ تنتَفِي به الشَّرِكَةُ»(٢).

قال في «الشامل» في قِسم «المبسوط»: «اشتَرَطا علىٰ أن تَكُونَ الوَضِيعةُ لا علىٰ قَدْرِ رأسِ المالِ؛ بأنْ جاء أَحدُهما بألفٍ، والآخرُ بألفَيْنِ علىٰ أنْ يَكُونَ الرِّبْحُ والوَضِيعةُ نصفَيْنِ؛ فهي فاسدةٌ، يعني: [أن](٣) الشرطَ فاسدٌ؛ لأن رأسَ المالِ أمانةٌ في يدِ الشَّرِيكِ، والأمانةُ لا تُضْمَنُ بالشرطِ كالوديعةِ، والعقدُ جائزٌ؛ لأن الشَرِكَةَ عَقْدٌ جائزٌ، والشرطُ لا يَلْزَمُ في عَقْدٍ جائزٍ.

ولأن المَقْصُودَ: الرِّبْحُ، والفسادُ ما تعدَّىٰ إليه، فإنْ عَمِلا علىٰ هذا الشرطِ فرَبِحا؛ فالرِّبْحُ علىٰ ما اشتَرَطا لِمَا عُرِف، والوَضِيعةُ علىٰ قَدْرِ رأسِ مالِهما؛ لأن هلاكَ الأمانةِ يَكُونُ علىٰ صاحبِ المالِ»(٤). إلىٰ هنا لَفْظُ «الشامل».

قولُه: (وَنَظِيرُهُ فِي الْمُزَارَعَةِ)، أي: نظيرُ ما قلنا ـ مِن عدمِ جوازِ الشَّرِكَةِ ـ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق ٢٨٧/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق ٢٨٧/ب].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ». وليست في «الشامل»، ولفْظُه هناك: «يعني: الشرط؛ لأن رأس المال... إلخ». ينظر: «الشامل في شرح المجرد» لشمس الأئمة البيهقي [ق ٩٧/أ/ مخطوط مكتبة وليِّ الدين أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٤٠)].

(٤) ينظر: «الشامل في شرح المجرد» لشمس الأئمة البيهقي [ق ٩٧].

قَالَ: وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَفَاوِضَيْنِ وَشَرِيكَي الْعِنَانِ أَنْ يُبْضِعَ الْمَالَ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ فِي عَقْدِ الشَّرِكَةِ، وَلِأَنَّ لَهُ أَنْ يَسْتَأْجِرَ عَلَى الْعَمَلِ، وَالتَّحْصِيلُ بِغَيْرِ عِوَضٍ

غاية البيان

ثابتٌ في المزارعةِ، وهو ما إذا اشْتَرَطَا لأحدِهما قُفْزَانًا[1] مُسَمَّاةً، فهي باطلةٌ لانقطاعِ المشاركةِ في الخارجِ، إذْ مِن شَرْطِ المزارعةِ: أن يَكُونَ الخارجُ مُشْتركًا بينَهُما؛ لأنها تَنْعَقِدُ شَرِكَةً في الانتهاءِ.

قولُه: (**قَالَ: وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُتَفَاوِضَيْنِ وَشَرِيكَي الْعِنَانِ أَنْ يُبْضِعَ الْمَالَ**)، أي: قال القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «**مختصره**»[2]، **وذلك**: لأن الشَرِكَةَ تَنْعَقِدُ على عادةِ التُّجَّارِ، وفي عادَتِهِم: الإِبْضَاعُ فجاز، ولأنَّ لكلِّ واحدٍ مِن الشريكَيْن أن يَسْتَأْجِرَ أجيرًا على عملٍ يحْصُلُ منه الرِّبْحُ، فإذا كان له ولايةُ الاستئجارِ - وهو أعلَى حالًا مِن الإِبْضَاعِ [٢/٣٣و]، وهو دونَه - كان له ولايةُ الإِبْضَاعِ أيضًا؛ لأن في الإِبْضَاعِ يَحْصُلُ الرِّبْحُ بلا أجْرٍ، وهو معنى قولِه: (**وَالتَّحْصِيلُ بِغَيْرِ عِوَضٍ دُونَهُ**)، أي: دونَ الاستئجارِ (**فَيَمْلِكُهُ**)، أي: يمْلِكُ التحصيلَ بغيرِ عِوَضٍ، وهو الإِبْضَاعُ.

وقولُه: (**وَالتَّحْصِيلُ بِغَيْرِ عِوَضٍ**) بالرفعِ، وكذا يَجُوزُ لكلِّ واحدٍ مِن الشريكَيْن أنْ يُودِعَ مالَ الشَّرِكَةِ؛ لأن عادةَ التُّجَّارِ فيما بينَ المسلمين جرَتْ كذلك.

قال الحاكمُ الشهيدُ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى **في «الكافي»**: «وليس له أنْ يُعِيرَ في القياسِ، فإنْ فعَل فأعار دابَّةً، فعَطِبَتْ تحتَ المُسْتَعِيرِ؛ فالقياسُ [٥/٢١و/م] فيه: أن المُعِيرَ ضامنٌ لنصفِ قِيمَةِ الدابَّةِ لشريكِه، ولكنِّي أستَحْسِنُ ألَّا أُضَمِّنَهُ، وهذا قياسُ قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ ومحمدٍ رَحِمَهُم اللهُ تعَالَى، وكذلك لو أعار ثوبًا أوْ دارًا أوْ خادمًا»[3] إلى هنا لَفْظُ الحاكمِ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

---

(١) **القُفْزَان**: مفرد قَفِيز، هو مكيال كان يُكَال به قدِيمًا، ويخْتَلف مِقْدَاره فِي البلَاد. وقد تقدم التعريف به.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٣) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٦٠].

دُونَهُ فَيَمْلِكُهُ، وَكَذَا لَهُ أَنْ يُودِعَهُ؛ لِأَنَّهُ مُعْتَادٌ وَلَا يَجِدُ التَّاجِرُ مِنْهُ بُدًّا.

قَالَ: وَيَدْفَعهُ مُضَارَبَةً؛ لأَنَّهَا دُونَ الشَّرِكَةِ فَيَتَضَمَّنُهَا. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ

غاية البيان

قولُه: (وَيَدْفَعهُ مُضَارَبَةً)، أي: قال القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تعَالَى في «**مختصره**»[1].

وقولُه: (وَيَدْفَعَهُ) بالنصْبِ عطفًا على قولِه: (أَنْ يُبْضِعَ) وهذه روايةُ «**الأصل**»[2].

ورَوَى الحسنُ عن أبي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللهُ تعَالَى عَنْه -: أنه ليس له أن يَدْفَعَ المالَ مُضَارَبَةً؛ لأنها إيجابُ الشَرِكَةِ في الرِّبْحِ، وليس لشريكِ العِنَانِ أنْ يُشارِكَ غيرَه؛ لأن الشَرِكَةَ الثابتةَ مِثْلُ الأُوْلَى، فلا يَكُونُ مِن أتباعِها وأحكامِها، فكذا[3] لَمْ يَجُزْ له أنْ يدفَعَهُ مُضَارَبَةً، إلا إذا نُصَّ على ذلك، كما يَجُوزُ أنْ يُشارِكَ غيرَه إذا نُصَّ عليها.

وَجهُ روايةِ «الأصل»: أن المُضَارَبةَ دونَ الشَّرِكَةِ، فجاز أن يَتَضَمَّنَ عَقْدُ الشَرِكَةِ المُضَارَبَةَ، ولأنَّ لكلِّ واحدٍ مِن الشريكَيْن أنْ يَسْتأجِرَ على العملِ في المالِ بأجْرٍ مضمونٍ في الذِّمَّةِ، فإذا جاز له ذلك؛ جاز[4] استفادَةُ العملِ بلا أجْرٍ مضمونٍ في الذِّمَّةِ بطريقِ الأَوْلَى؛ لأنَّ ربَّ المالِ لا يَلْزَمُهُ الأجْرُ للمُضارِبِ.

وإنما قلنا: إن المُضَارَبةَ دونَ الشَّرِكَةِ؛ لأن المُضَاربَ لا يَلْزَمُهُ شيءٌ مِن الوَضِيعةِ، فإذا فسدَتِ المُضَارَبَةُ؛ ليس للمُضارِبِ شيءٌ مِن الرِّبْحِ.

قالُوا: كلُّ شيءٍ يَجُوزُ للمُضارِبِ أنْ يَعْمَلَهُ في مالِ المُضَارَبَةِ؛ فللشريكِ أنْ يفْعَلَهُ في مالِ الشَّرِكةِ[5]؛ لأن تصَرُّفَ الشَّريكِ أقوى مِن تصَرُّفِ المُضَارِبِ وأعَمُّ،

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٦١/٤/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. وهي الأصح. ينظر: «فتح القدير» [١٨٣/٦]، «البحر الرائق» [١٩١/٥].

(٣) وقع بالأصل: «وكذا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) وقع بالأصل: «ذلك كان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) وقع بالأصل: «الشَّريك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ شَرِكَةٍ، والْأَوَّلُ أَصَحُّ، وَهُوَ رِوَايَةُ الْأَصْلِ؛ لِأَنَّ الشَرِكَةَ غَيْرُ مَقْصُودَةٍ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ تَحْصِيلُ الرِّبْحِ، كَمَا إِذَا اسْتَأْجَرَهُ بِأَجْرٍ بَلْ أَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهُ تَحْصِيلٌ بِدُونِ ضَمَانٍ فِي ذِمَّتِهِ، بِخِلَافِ الشَّرِكَةِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُهَا؛ لِأَنَّ الشَّيْءَ لَا يَسْتَتْبِعُ مِثْلَهُ.

قَالَ: وَيُوَكِّلَ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ؛ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ مِنْ تَوَابِعِ التِّجَارَةِ وَالشَّرِكَةِ انْعَقَدَتْ لِلتِّجَارَةِ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ حَيْثُ لَا يَمْلِكُ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ خَاصٌّ، طُلِبَ مِنْهُ تَحْصِيلُ الْعَيْنِ فَلَا يَسْتَتْبِعُ مِثْلَهُ.

غاية البيان

فما[1] جاز للمُضارِبِ؛ جاز للشَّريكِ بالطريقِ الأَوْلَىٰ.

قولُه: (لِأَنَّ الشَرِكَةَ غَيْرُ مَقْصُودٍ)، أي: في المُضارَبَةِ.

قولُه: (قَالَ: وَيُوَكِّلَ مَنْ يَتَصَرَّفُ فِيهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ في «مختصره»[2].

وقولُه: (وَيُوَكِّلَ) بالنصبِ عطفًا علىٰ قولِه: (أَنْ يُبْضِعَ)، وذلك لأنَّ الشَرِكَةَ مُنعَقِدةٌ علىٰ عادةِ التُّجَّارِ، وفي عادَتِهِم توكيلُ الشَّريكِ مَن يَتَصَرَّفُ في مالِ الشَّرِكَةِ، فجاز ذلك.

أو نَقُولُ: المَقْصُودُ مِن عَقْدِ الشَّرِكَةِ: التجارةُ، فلا بُدَّ مِن التَّوْكِيلِ لتحصيلِ الرِّبْحِ، وكلُّ واحدٍ مِن الشريكَيْن ربَّما [لا][3] يَتَهَيَّأُ له المباشرةُ بنَفْسِه للتجارةِ، فلا بُدَّ مِن [٥/٢١ظ/م] التَّوْكِيلِ، فيَثْبُتُ التَّوْكِيلُ في ضِمْنِ التجارةِ تبعًا لها بدلالةِ

(١) وقع بالأصل: «كما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

. . . .

الحالِ، فصار كأنَّ كلَّ واحدٍ منهما أمرَ صاحبَه أنْ يُوَكِّلَ، وليس كذلك الوكيلُ[1] بالشراءِ، حيثُ لا يمْلِكُ التَّوْكِيلَ؛ لأنه عَقْدٌ خاصٌّ ثبَتَ مقصودًا لتحصيلِ شيءٍ معلومٍ جنسُه وصفتُه، فلَمْ يَثْبُتْ في ضِمنِه تبعًا ما هو مِثْلُه.

قال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وقال محمدٌ في كتابِ «**الرَّهن**»[2]: إذا رهَن أحدُ شرِيكَي العِنَانِ متاعًا مِن الشَرِكَةِ بدَيْنٍ عليهما لَمْ يَجُزْ، وكان ضامنًا للرَّهْنِ، ولو ارتَهن بدَيْنٍ لهما أدَانَاه وقبضَ لَمْ يَجُزْ علىٰ شريكِه مِن قِبَلِ أنه لَمْ يُسَلِّطْهُ [٢/٣٣ظ] أنْ يرْتَهِنَ.

فإنْ هلَك الرَّهْنُ في يدِه وقيمتُه والدَّينُ سواءٌ ذهبَ بحِصَّتِه، ويرْجِعُ شريكُه بحِصَّتِه علىٰ المطلوبِ، ويرْجِعُ المطلوبُ بنصفِ قِيمَةِ الرَّهْنِ علىٰ المُرْتَهِنِ، وإنْ شاء شريكُ المُرْتَهِنِ ضَمَّن شريكَه حِصَّتَه مِن الدَّيْنِ؛ لأن هلاكَ الرَّهْنِ في يدِه بمنزلةِ الاِسْتِيفَاءِ»[3].

وقال الكَرْخِيُّ أيضًا فيه: «وإذا باع أحدُهما لَمْ يَكُنْ للآخَرِ أنْ يقْبضَ شيئًا مِن الثمنِ[4]، وكذلك كلُّ دَيْنٍ وَلِيَه أحدُهما، فليس للآخَرِ قبْضُهُ، وللمَدِينِ أنْ يَمْتَنِعَ مِن دَفْعِه، فإنْ دفعَه إليه بَرِئَ مِن حِصَّةِ القابِضِ، ولَمْ يَبْرَأْ مِن حِصَّةِ المُدايِنِ، وليس لواحدٍ منهما أنْ يُخاصِمَ فيما أدانَه الآخرُ أوْ باعَهُ، والخُصُومَةُ للذي باع وعليه»[5].

وقال أيضًا في البابِ الذي بعدَ هذا [البابِ][6]: «ويَجُوزُ لأحدِ المُفاوِضَيْنِ

---

(١) وقع بالأصل: «التَّوْكِيل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٢١٩/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٢٣٩].

(٤) لأن القبض من حقوق العقد يتعلق بالعاقد. كذا في «الإيضاح». كذا جاء في حاشية: «ك»، و«م»، و«غ».

(٥) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٨٧].

(٦) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

قَالَ: وَيَدُهُ فِي الْمَالِ يَدُ أَمَانَةٍ؛ لِأَنَّهُ قَبَضَ الْمَالَ بِإِذْنِ الْمَالِكِ لَا عَلَىٰ وَجْهِ الْبَدَلِ وَالْوَثِيقَةِ؛ فَصَارَ كَالْوَدِيعَةِ.

قَالَ: وَأَمَّا شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ [٢٤١/ظ] وَتُسَمَّىٰ شَرِكَةَ التَّقَبُّلِ فَالْخَيَّاطَانِ

أنْ يَرْهَنَ ويَرْتَهِنَ على شريكِه، ويَجُوزُ قبْضُ كلِّ واحدٍ منهما لِمَا أدانَه صاحبُه، أوْ وجَبَ لهما على رَجُلٍ مِن غَصْبٍ أوْ كَفَالَةٍ أوْ غيرِ ذلك[1]، وكلُّ واحدٍ منهما خصْمٌ عن صاحبِه، يُطالِبُ بما على صاحبِه، ويُقامُ عليه البَيِّنَةُ، ويُسْتَحْلَفُ على عِلْمِه فيما هو مِن ضَمانِ التجارةِ»[2] إلى هنا لفْظُه رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، والباقي يُعْلَمُ ثَمَّةَ.

قولُه: (قَالَ: وَيَدُهُ فِي الْمَالِ يَدُ أَمَانَةٍ)، أي: قال القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «مختصره»[3]، **يعني:** أن يدَ كلِّ واحدٍ مِن المفاوَضَيْنِ وشَرِيكَي العِنَانِ يدُ أمانةٍ، حتى إذا هلَكَ المالُ في يدِه؛ هلَكَ بلا ضَمانٍ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما قبَض مالَ الشَّرِكَةِ، لا على وَجْهِ إعطاءِ البدَلِ، ولا على وَجْهِ [أخْذِ][4] الوثيقةِ، فلا يَكُونُ مضموناً عليه، كما في الوَدِيعَةِ.

واحترَزْنا بقولِنا: «لا على وَجْهِ البدَلِ» عن المقبوضِ [٥/٢٢و/م] على سَوْمِ الشراءِ؛ فإنه مضمونٌ بالقِيمَةِ؛ لأن القابضَ على سَوْمِ الشراءِ قبَضَهُ على وَجْهِ البدَلِ.

واحترَزْنا بقولِنا: «[لا][5] على وَجْهِ الوثيقةِ» عن الرَّهْنِ؛ فإنه مضمونٌ بأقلَّ مِن قيمَتِه ومِن الدَّيْنِ؛ لأن المُرْتَهِنَ قبَضَه على وَجْهِ الوثيقةِ.

قولُه: (وَأَمَّا شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ)، وتُسمَّى: شَرِكَةَ التَّقَبُّلِ، فالخَيَّاطانِ والصَّبَّاغانِ

---

(١) لأن كلَّ واحدٍ منهما وكيلُ الآخر فيما تولَّاه. كذا في «الإيضاح». كذا جاء في حاشية: «ك»، و«م»، و«غ».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٩٠].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٤) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَالصَّبَّاغَانِ يَشْتَرِكَانِ عَلَىٰ أَنْ يَتَقَبَّلَا الْأَعْمَالَ وَيَكُونُ الْكَسْبُ بَيْنَهُمَا، فَيَجُوزُ ذَلِكَ، وَهَذَا عِنْدَنَا.

غاية البيان

يَشْتَرِكانِ علىٰ أن يَتَقَبَّلا الأعمالَ، ويَكُونَ الكسبُ بينَهُما، فيَجُوزُ ذلك، وهذه مسألةُ القُدُورِيِّ رحمه الله(١).

اعلم: أوَّلًا أن شَرِكَةَ الصنائعِ تُسمَّىٰ: شَرِكَةَ التَّقبُّلِ، وشَرِكَةَ الأعمالِ، وشَرِكَةَ الأبدانِ؛ لأنَّ العملَ بالبدنِ يَكُونُ.

ثم اعلم: أنها قد تَكُونُ مُفَاوَضَةً، وقد تَكُونُ عِنانًا علىٰ ما صَرَّح به في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»(٢).

أمَّا المُفَاوَضَةُ بينَهُما: فهي أن يَكُونا جميعًا مِن أهلِ الكَفَالَةِ، وأنْ يَشْتَرِطَا ما رزَقهُم اللهُ تعالىٰ بينَهما نصفَيْنِ، وأن يَتلَفَّظَا(٣) بلَفْظِ المُفَاوَضَةِ، كما في الشَرِكَةِ بالأموالِ.

وأمَّا العِنَانُ: فيَجُوزُ، سواءٌ كانا مِن أهلِ الكَفَالَةِ، أوْ لَمْ يَكُونا بعدَ أنْ كانا أهْلًا للتَّوْكِيلِ(٤).

ثم اعلم: أن شَرِكَةَ التَّقبُّلِ جائزةٌ عندَنا، سواءٌ اتَّفقَتِ الصَّنْعَةُ أو اختلفَتْ، كقَصَّارَيْنِ أوْ خيَّاطَيْنِ يَشْتَرِكان علىٰ تَقَبُّلِ الأعمالِ مِن الناسِ، أوْ قصَّارٌ وإِسْكافٌ.

وقال زُفَرُ رحمه الله: [هي](٥) جائزةٌ بشَرْطِ اتِّفاقِ الصَّنْعَةِ، وقال زُفَرُ في روايةٍ: لا

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٢) ينظر: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [ق٢٦١].

(٣) وقع بالأصل: «يتلفظ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) وقع بالأصل: «التوكل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

....

يَصِحُّ أصلًا، وبه أخذ الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ تعالَى[1].

وجهُ عدمِ الجوازِ: أن الرِّبْحَ فرْعُ المالِ، ولا مالَ هنا، وقد مَرَّ بيانُ ذلك عند **قولِه**: (**وَتَجُوزُ الشَرِكَةُ وَإِنْ لَمْ يَخْلِطَا الْمَالَ**).

ولنا: أن المسلمين في سائرِ الأمصارِ يعْقِدون هذه الشَّرِكَةَ، وقد رُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أنه قال: «**مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا؛ فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ**»[2]، ولأن المَقْصُودَ مِن عقْدِ الشَرِكَةِ: تحصيلُ الرِّبْحِ، وتحصيلُ الرِّبْحِ يحْصُلُ بتوكيلِ كلِّ واحدٍ مِن الشريكَيْنِ صاحبَه بقَبُولِ العملِ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما أصيلٌ في النصفِ، وَكِيلٌ في النصفِ الآخَرِ، فتَتَحَقَّقُ الشَرِكَةُ في المالِ المستفَادِ بعَقْدِ الشَرِكَةِ حينئذٍ، ثم إذا عَمِلا، فكلُّ واحدٍ يَسْتَحِقُّ فائدةَ عَمَلِه [٢/٣٤و]، وهو كَسْبُه.

وإذا عَمِلَ أحدُهما؛ كان العاملُ مُعِينًا لشريكِه فيما لزِمه بالتقَبُّلِ، فوقَع عملُه له، فكأنَّ الشَّرِيكَ استعانَ [٥/٢٢ظ/م] بأجنبيٍّ حتَّى عَمِل، وهذا جائزٌ؛ لأنَّ المشروطَ مُطْلَقُ العملِ لا عمَلُ الصانِعِ[3] بنفسِه، فإن القَصَّارَ إذا استعان بغيرِه، أو استأجَر غيرَه حتى عَمِل؛ استَحَقَّ القَصَّارُ الأجْرَ.

ثم لا يُشْتَرطُ اتِّحادُ العمَلِ والمكانِ عندَنا، حتى إذا كان أحدُهما قصَّارًا، والآخَرُ خيَّاطًا وقعَدا في دُكَّانَيْنِ جاز عندَنا، خلافًا لمالكٍ وزُفَرَ؛ لأنه إذا كان العملُ مختلفًا؛ يعْجِزُ كلُّ واحدٍ منهما عن عمَلِ صاحبِه الذي يَتَقَبَّلُه؛ لأنه ليس ذلك مِن صَنْعَتِه، فلا يحْصُلُ المَقْصُودُ مِن الشَّرِكَةِ.

---

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٦/٤٧٩]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/١٥٨]. و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٣/٢٦٢].

(٢) مضى تخريجه.

(٣) وقع بالأصل: «الصائغ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﵀: لَا تَجُوزُ؛ لِأَنَّ هَذِهِ شَرِكَةٌ لَا تُفِيدُ مَقْصُودها ......

غاية البيان

ولنا: أن المعنىٰ المُجَوِّزَ للشَرِكَةِ تحصيلُ الرِّبْحِ بالتوكيلِ، والتَّوْكِيلُ يَصِحُّ ممنْ يُحْسِنُ مباشرةَ العمَلِ أوْ لا يُحْسِنُها؛ لأنه لا يَتَعَيَّنُ علىٰ المُتَقَبِّلِ إقامةُ العملِ بيدِه، بل له أنْ يَسْتَعِينَ بغيرِه أوْ يَسْتَأْجِرَه، فإذَنْ لا يَكُونُ كلُّ واحدٍ منهما عن إقامةِ العملِ عاجزًا، فكان العقدُ صحيحًا.

قال في «الشامل» في قسمِ «المبسوط»: «وإنْ غاب أحدُهما أوْ مَرِضَ، وعَمِلَ الآخرُ؛ يَكُونُ الأجْرُ بينَهُما، وذلك لأن عملَه كعَمَلِهما»[١].

قولُه: (شَرِكَةٌ لَا تُفِيدُ مَقْصُودَهَا)، أي: مَقْصُودَ الشَّرِكَةِ، أضاف المَقْصُودَ إلىٰ الشَّرِكَةِ، وإنْ كان المقْصُودُ للشريكَيْن؛ لأن الشَرِكَةَ مُلابسةٌ بمقصودِهما، والإضافةُ بأدنىٰ المُلابسةِ جائزةٌ، كقولِهم: «خُذْ طَرْفَكَ» لأحدِ حامِلي الخَشَبِ؛ وكقولِه[٢]:

إِذَا كَوْكَبُ الخَرْقَاءِ لاحَ بِسُحْرَةٍ

وفي بعضِ النُّسَخِ: «مقصودُهُما». بتَثْنيةِ الضميرِ[٣] أي: مَقْصُودُ الشريكَيْن.

---

(١) ينظر: «الشامل في شرح المجرد» لشمس الأئمة البيهقي [ق ٩٧].

(٢) **القائل**: لَمْ يُسَمَّ، وهذا صدْرُ بيْتٍ، وتمامُه:

سُهَيْلٌ أذاعَتْ غَزْلَهَا فِي القَرَائِبِ

والخَرْقاءُ: امرأة كان في عَقْلها نقْصان. **ولاح**: أي: ظهر. **وسُهَيْل**: اسم نجْمٍ يطْلع وقْت السَّحَر.
وأذاعَت: أي: فرَّقَتْ، مِن ذاعَ الخبرُ يذيع ذيْعًا وذيوعًا؛ أي: انتشَر.
والمعنىٰ: أن هذه المرأة كانت تنام عن غَزْلها، ثم إذا أحسَّتْ بطلوع سُهَيْل فرَّقَتْ غَزْلها بين قرائبها النساء. ينظر: «المقاصد النحوية في شرح شواهد شروح الألفية/ المشهور بـ: شرح الشواهد الكبرىٰ» للبدر العيني [١٢٨٨/٣]. و«خزانة الأدب» لعبد القادر البغدادي [١١٢/٣].
ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به علىٰ أن الإضافة بأدنىٰ المُلابَسة جائزة، حيث أُضِيفَ الكوكبُ إلىٰ الخَرْقاء لأدنىٰ مُلابسة، بسبب اجتهادها في العمل عند طلوعه.

(٣) وهو المُثْبَت في نسخة الشَّهْرَكَنْديّ (المقروءة علىٰ أكمل الدين البابرتيّ) من «الهداية» [ق/ ١٥١/أ/=

وَهُوَ التَّثْمِيرُ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الشَّرِكَةَ فِي الرِّبْحِ تُبْتَنَىٰ عَلَىٰ الشَّرِكَةِ فِي الْمَالِ عَلَىٰ أَصْلِهِمَا عَلَىٰ مَا قَرَّرْنَاهُ.

وَلَنَا: أَنَّ الْمَقْصُود مِنْهُ التَّحْصِيلُ وَهُوَ مُمْكِنٌ بِالتَّوْكِيلِ، لِأَنَّهُ لَمَّا كَانَ وَكِيلًا فِي النِّصْفِ أَصِيلًا فِي النِّصْفِ تَحَقَّقَتِ الشَّرِكَةُ فِي الْمَالِ الْمُسْتَفَادِ وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ اتِّحَادُ الْعَمَلِ وَالْمَكَانِ، خِلَافًا لِمَالِكٍ وَزُفَرَ رحمهما الله فِيهِمَا؛ لِأَنَّ الْمَعْنَىٰ الْمُجَوِّزَ لِلشَّرِكَةِ وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ لَا يَتَفَاوَتُ.

غاية البيان

قولُه: (وَهُوَ التَّثْمِيرُ)، أي: المَقْصُودُ التَّثْمِيرُ، يُقالُ: ثَمَّر الرَّجُلُ مالَه؛ إذا أَحْسنَ القيامَ عليه، وفي الدعاءِ: ثمَّر اللهُ مالَه؛ أي: أنْماه.

[**قولُه: (التَّحْصِيلُ)**، أي: تحصيلُ الرِّبْحِ][1].

قولُه: (وَلَا يُشْتَرَطُ فِيهِ اتِّحَادُ الْعَمَلِ وَالْمَكَانِ، خِلَافًا لِمَالِكٍ وَزُفَرَ)، **ولا يُقَالُ:** قد سبَق أن شَرِكَةَ التَّقبُّلِ لا تَجُوزُ عندَ زُفَرَ؛ لأنه يَشْتَرِطُ خلْطَ المالِ.

فإذا كان كذلك: لا تَجُوزُ عندَه مطلقًا، فلا يَتَأَتَّىٰ خلافُه هنا بتجْويزِها عندَ اتِّحادِ العملِ؛ لأن في اشتراطِ خلْطِ المالِ عن زُفَرَ روايتَيْن، ذكَرهما شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «**المبسوط**»[2].

قولُه: (وَهُوَ مَا ذَكَرْنَاهُ) [٥/٢٣و/م] إشارةٌ إلىٰ قولِه: **(وَلَنَا: أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهُ التَّحْصِيلُ، وَهُوَ مُمْكِنٌ بِالتَّوْكِيلِ)**.

= مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وكذا في نسخة الأَرْزَكانِيّ مِن «الهداية» [١/ق١٧١/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وأشار إليه ابنُ الفصيح في حاشية في نسخته مِن: «الهداية» [١/ق٢٣٧/أ/ مخطوط مكتبة ولِيِّ الدين أفندي ـ تركيا].

(١) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسِيّ [١١/١٥٢].

وَلَوْ شَرَطَا الْعَمَلَ نِصْفَيْنِ وَالْمَالَ أَثْلَاثًا جَازَ، وَفِي الْقِيَاسِ: لَا يَجُوزُ؛

غاية البيان

قولُه: (وَلَوْ شَرَطَا الْعَمَلَ نِصْفَيْنِ وَالْمَالَ أَثْلَاثًا جَازَ، وَفِي الْقِيَاسِ: لَا يَجُوزُ)، ذكَر هذا تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ، وقولُه: (وَالْمَالَ) منصوبٌ، والمرادُ منه: الرِّبْحُ.

قال في «شرح الطَّحاويِّ»: «ويَجُوزُ اشتراطُ الرِّبْحِ بينَهما على السواءِ، وعلى التفاضلِ، نحوُ أنْ يَكُونَ أحدُهما أحْذَقَ مِن الآخَرِ في العمَلِ، وعندَ زُفَرَ: لا يَجُوزُ متفاضِلًا»[١] إلى هنا لفْظُه.

وَجهُ قولِ زُفَرَ: أن الرِّبْحَ إنما يُسْتَحَقُّ بأحدِ ثلاثةِ أشياءَ: إمَّا بالمالِ، وإمَّا بالعملِ، وإمَّا بالضَّمانِ، فانعدمَتْ هذه الأشياءُ جميعًا فيما نحن فيه، فيَكُونُ اشتراطُ فَضْلِ الرِّبْحِ حرامًا.

أمَّا انعدامُ المالِ: فظاهرٌ؛ لأنه ليس بشَرِكَةِ الأموالِ.

وأمَّا انعدامُ العمَلِ: فلأنَّ العمَلَ مشروطٌ على الشريكَيْن أنصافًا[٢]، ففي قدرِ زيادةِ الرِّبْحِ على النصفِ لَمْ يُوجَدِ العملُ.

وأمَّا انعدامُ الضَّمانِ: فلأنَّ الضَّمانَ مِن كلِّ واحدٍ منهما بقَدْرِ عملِه، وعملُه في النصفِ، فلا يُوجَدُ الضَّمانُ أيضًا فيما [٢/٣٤ظ] زاد على النصفِ، فيَكُونُ شرْطُ فضْلِ الرِّبْحِ رِبْحَ ما لَمْ يُضْمَنْ، وهو حرامٌ لنَهْيِ النبيِّ ﷺ عن ذلك[٣]، فلَمْ يَجُزْ فضْلُ الرِّبْحِ، كما في شَرِكَةِ الوجوهِ إذا كان المُشْتَرَىٰ بينَهُما نصْفَيْنِ.

ووجهُ قولِنا: أن المنافعَ لا تَتَقوَّمُ إلا بالشرطِ، وكالإجاراتِ ونحوِها، ويَجُوزُ أن تَتَقوَّمَ منافعُ أحدِهما لحِذْقٍ فيه أكثرُ مِن تقوُّمِ منافعِ الآخَرِ، فجاز أنْ يَسْتَحِقَّ

---

(١) ينظر: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [ق٢٦١].

(٢) وقع بالأصل: «أيضًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) مضىٰ تخريجه.

لِأَنَّ الضَّمَانَ بِقَدْرِ الْعَمَلِ، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ رِبْحُ مَا لَمْ يَضْمَنْ ....

بنصفِ العملِ ثُلثي الرِّبْحِ، فلَمْ يَحْرُمِ الفضلُ، ولأن ما يَأْخُذُهُ كلٌّ واحدٍ منهما بدَلُ عملِه وأُجْرتُه، لا رِبْحُ العملِ في الحقيقةِ؛ لأن الرِّبْحَ إنما يَكُونُ إذا كان بينَ الرِّبْحِ وبينَ ذلك الشيءِ [الذي][1] هو رِبْحُه جِنْسيةٌ، ولا جِنْسيةَ هنا بينَ المالِ والعملِ، فلا يَكُونُ المالُ رِبْحَ العملِ، بل بدَلَه، والعملُ يتقَدَّرُ بقَدْرِ التَّقَوُّمِ، فلا يحْرُمِ الفضلُ.

بخلافِ شَرِكَةِ الوجوهِ؛ فإنَّ الرِّبْحَ ثَمَّةَ متَّفِقٌ معَ رأسِ المالِ؛ لأن كُلًّا منهما مالٌ، فإذا [٥/٢٣ظ/م] كان المُشْتَرى بينَهما نصْفَيْنِ لَمْ يَجُزِ اشتراطُ فضْلِ الرِّبْحِ لأحدِهما؛ لأدائِه إلىٰ رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ، وهو لَمْ يَرِدْ جوازُه إلا في المُضَارَبَةِ بخلافِ القياسِ.

قالوا: جوازُ اشتراطِ التفاضُلِ في الرِّبْحِ معَ التَّساوِي في العملِ في شَرِكَةِ التَّقَبُّلِ: إنما يَجُوزُ إذا كانت عِنانًا، أمَّا في المُفَاوَضَةِ: فلا يَجُوزُ.

قال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «ولو شُرِطَ الرِّبْحُ في هذا لأحدِهما أكثرَ مما شُرِطَ للآخرِ جاز عندَنا؛ لأن العملَ مُتفاوِتٌ، قد يَكُونُ أحدُهما أحْذَقَ، فإنْ شُرِطَ الأكثرُ لأدناهما عملًا اختَلف المشايخُ فيه»[2] إلىٰ هنا لفْظُه.

قُلْتُ: الصحيحُ أنه يَجُوزُ أيضًا؛ لأنَّ الرِّبْحَ بقَدْرِ ضَمانِ العملِ لا بحقيقةِ العملِ، أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما نصَّ الحاكمُ الجليلُ الشهيدُ في «**الكافي**»: «فإنْ غاب أحدُهما، أوْ مَرِض ولَمْ يَعْمَلْ، وعَمِلَ الآخَرُ؛ فهو أيضًا بينَهُما».

وقال في «شرح الطَّحَاويِّ»: «ولو أن رَجُلًا أجلَس علىٰ دُكَّانِه رَجُلًا، يَطْرَحُ عليه العملَ[3] بالنِّصفِ؛ القياسُ أَلَّا تَجُوزَ هذه الشَّرِكَةُ؛ لأنَّ مِن أحدِهما العملَ،

(١) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٣٦٣].

(٣) وقع بالأصل: «من عليه العمل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق٢٦١/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم=

فَلَمْ يَجُزِ الْعَقْدُ لِتَأْدِيَتِهِ إِلَيْهِ، وَصَارَ كَشَرِكَةِ الْوُجُوهِ، وَلَكِنَّا نَقُولُ: مَا يَأْخُذُهُ لَا يَأْخُذُهُ رِبْحًا؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ، وَقَدِ اخْتَلَفَ؛ لِأَنَّ رَأْسَ الْمَالِ عَمَلٌ وَالرِّبْحُ مَالٌ فَكَانَ بَدَلَ الْعَمَلِ، وَالْعَمَلُ يُتَقَوَّمُ بِالتَّقْوِيمِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِ مَا قُوِّمَ بِهِ فَلَا يَحْرُمُ، بِخِلَافِ شَرِكَةِ الْوُجُوهِ؛ لِأَنَّ جِنْسَ الْمَالِ مُتَّفِقٌ وَالرِّبْحُ يَتَحَقَّقُ فِي الْجِنْسِ الْمُتَّفِقِ، وَرِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ لَا يَجُوزُ إِلَّا فِي الْمُضَارَبَةِ.

غاية البيان

و[مِن][1] الآخرِ الحانوتُ، فتكونُ هذه [شَرِكَةً][2] بالعُرُوضِ، فلا يَجُوزُ، وفي الاستحسانِ: يَجُوزُ؛ لأن هذه شَرِكَةَ التَّقبُّلِ؛ لأن تقبُّلَ العملِ مِن صاحبِ الحَانُوتِ عمَلٌ، فصارَتْ شَرِكَةً بالأعمالِ»[3].

قولُه: (فَلَمْ يَجُزِ العَقْدُ لِتَأْدِيَتِهِ إِلَيْهِ)، أي: لتأديةِ عَقْدِ شَرِكَةِ التَّقَبُّلِ إلىٰ رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ، وبيانُ أدائِه إلىٰ ذلك مَرَّ آنفًا.

قولُه: (وَصَارَ كَشَرِكَةِ الْوُجُوهِ)، أي: [صار][4] عدمُ جوازِ التفاوُتِ في الرِّبْحِ ـ معَ التساوي في العمَلِ في شَرِكَةِ التَّقَبُّلِ ـ كعدمِ جوازِ تفاوُتِ الرِّبْحِ مع التساوِي في المُشْتَرَىٰ في شَرِكَةِ الوجوهِ؛ لأن الضَّمانَ بقَدْرِ العملِ، أمَّا إذا اشْتَرَطَا التفاوُتَ في مِلْكِ المشْتَرَىٰ؛ جاز التفاوتُ في الرِّبْحِ أيضًا في شَرِكَةِ الوجوهِ.

= الحفظ: ٨٠٣)]. أو [ق٢٤٠/أ ـ ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٨)].

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق٢٦١/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [ق٢٦١/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/ ٢٦١].

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

قَالَ: وَمَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ العَمَلِ يَلْزَمُهُ وَيَلْزَمُ شَرِيكَهُ حَتَّىٰ إِنَّ

أَلَا تَرَىٰ إِلىٰ ما قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»[1] في شَرِكَةِ الوجوهِ: ويَنْبَغِي أنْ يُشْتَرَطَ الرِّبْحُ بينَهما علىٰ قَدْرِ الضَّمانِ وإنْ شَرَطا الرِّبْحَ بخلافِ الضَّمانِ بينَهُما؛ فالشرطُ باطلٌ، ويَكُونُ الرِّبْحُ بينَهُما علىٰ قَدْرِ ضمانِهما.

قولُه: (قَالَ: وَمَا يَتَقَبَّلُهُ [٥/٢٤و/م] **كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ العَمَلِ؛ يَلْزَمُهُ وَيَلْزَمُ شَرِيكَهُ)**، أي: قال القُدُورِيُّ رحمه الله في **«مختصره»**.

وتمامُه فيه: «فإنْ عَمِلَ أحدُهما دونَ الآخَرِ؛ فالكسْبُ بينَهما بالضَّمانِ»[2]. وهذا الذي ذكَره القُدُورِيُّ ـ مِن لزومِ ما تَقبَّلَه أحدُهما شَرِيكَه ـ ظاهرٌ فيما إذا كانت شَرِكَةُ التَّقبُّلِ مُفَاوَضَةً.

أَمَّا إذا كانت عِنَانًا: فالقياسُ أَلَّا يَكُونَ كلُّ [٢/٣٥و] واحدٍ منهما مُؤَاخَذًا إلا بحُكْمِ عَقْدِه؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ وقعَتْ مُطْلَقةً عن الكَفَالَةِ، والكَفَالَةُ في الشَّرِكَةِ لا تَثْبُتُ إلا في المُفَاوَضَةِ؛ لاقتضائِها إيَّاها تحقيقًا للمُساواةِ، وهنا المقتَضِي ليس بثابتٍ، فلا يَثْبُتُ المقتَضىٰ، وهو الكَفَالَةُ، وإنما لَمْ يَثْبُتِ المقتَضِي؛ لأن الشَّرِكَةَ إذا أُطْلِقَتْ تَكُونُ عِنَانًا؛ لأن العِنَانَ هو المعتادُ بينَ الناسِ.

وَجهُ الاستحسانِ: أن العملَ الذي تَقَبَّلَهُ كلُّ واحدٍ منهما مضمونٌ علىٰ صاحبِه؛ لأن عَقْدَ الشَّرِكَةِ توكيلٌ مِن كلِّ واحدٍ منهما لصاحبِه في تَقبُّلِ العملِ، فكان العملُ مضمونًا علىٰ صاحبِه بتَقبُّلِ الشَّرِيكِ الوَكِيلَ، أَلَا تَرَىٰ أن صاحبَه يَسْتَحِقُّ الأجرَ بسببِ ضَمانِ العملِ وإنْ لَمْ يُوجَدْ منه العملُ حقيقةً، فكان العاملُ عامِلًا لنفسِه في النصفِ، مُعِينًا لصاحبِه في النصفِ الآخَرِ، فلَمَّا كان ما تَقَبَّلَهُ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٦١].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يُطَالَبُ بِالْعَمَلِ ويُطَالِبُ بِالأَجْرِ ، وَيَبْرَأُ الدَّافِعُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ وَهَذَا ظَاهِرٌ فِي الْمُفَاوَضَةِ ، وَفِي غَيْرِهَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ خِلَافُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ وَقَعَتْ مُطْلَقَةً وَالْكَفَالَةُ مُقْتَضَى الْمُفَاوَضَةِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هَذِهِ الشَّرِكَةَ مُقْتَضِيَةٌ لِلضَّمَانِ ؛ أَلَّا تَرَى أَنَّ مَا يَتَقَبَّلُهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الْعَمَلِ مَضْمُونٌ عَلَى الْآخَرِ ، وَلِهَذَا يَسْتَحِقُّ الْأَجْرَ بِسَبَبِ نَفَاذِ تَقَبُّلِهِ عَلَيْهِ عَلَيْهِ ، فَجَرَى

غاية البيان

أحدُهما مضمونًا على الآخرِ ؛ جرى ذلك مجْرى المُفَاوَضَةِ في حقِّ ضَمانِ العملِ واقتضاءِ البدَلِ - أي: بدَلِ العملِ ، وهو الأُجْرةُ لا غيرَ - حتى كان على كلِّ واحدٍ منهما أنْ يُطالَبَ بالعملِ ، وكان لكلِّ واحدٍ منهما أنْ يُطالِبَ بالأجْرِ ، فصحَّ دَفْعُ كلِّ واحدٍ مِن القَصَّارينِ الثوبَ إلى صاحبِه ، وصحَّ دَفْعُ الأُجْرةِ مِن صاحبِ الثوبِ إلى كلِّ واحدٍ منهما حتى بَرِئَ بذلك ، ولهذا قالُوا: إذا أقرَّ أحدُهما بثمَنِ صابونٍ أو أجرِ أجيرٍ أو حانوتٍ قد مضى ؛ فإنه لا يُصَدَّقُ على صاحبِه إلا بإقرارِه ، أوْ ببيِّنةٍ عليه.

قال في «التحفة»: «ولو جنَتْ يدُ أحدِهما ؛ فالضَّمانُ عليهما جميعًا ؛ لأن ذلك بِناءً على ضَمانِ العملِ ، وقد ضَمِنَا جميعًا»(١).

قولُه: (يُطَالَبُ بِالْعَمَلِ) بفتْحِ اللَّامِ ، و(يُطَالِبُ بِالأَجْرِ): بكَسْرِ اللَّامِ.

قولُه: (بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ) ، أي: بدَفْعِ الأجْرةِ إلى كلِّ واحدٍ منهما.

قولُه: (وَهَذَا ظَاهِرٌ) ، أي: لزومُ [٥/٢٤ظ/م] ما تَقَبَّلَهُ كلُّ واحدٍ منهما شريكَهُ.

قولُه: (وَفِي غَيْرِهَا) ، أي: في غيرِ المُفَاوَضَةِ ، يعني: في العِنَانِ.

قولُه: (وَلِهَذَا) إيضاحٌ لقولِه: (مَضْمُونٌ عَلَى الْآخَرِ).

قولُه: (بِسَبَبِ نَفَاذِ تَقَبُّلِهِ عَلَيْهِ) ، أي: تَقَبُّلِ كلِّ واحدٍ منهما على الآخرِ.

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [١٣/٣].

مَجْرَىٰ الْمُفَاوَضَةِ فِي ضَمَانِ الْعَمَلِ، وَاقْتِضَاءُ الْبَدَلِ.

قَالَ: وَأَمَّا شَرِكَةُ الْوُجُوهِ: فَالرَّجُلَانِ يَشْتَرِكَانِ - وَلَا مَالَ لَهُمَا - عَلَىٰ أَنْ يَشْتَرِيَا بِوُجُوهِهِمَا وَيَبِيعَا؛ فَتَصِحَّ الشَّرِكَةُ، عَلَىٰ هَذَا سُمِّيَتْ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَشْتَرِي بِالنَّسِيئَةِ إِلَّا مَنْ لَهُ وَجَاهَةٌ عِنْدَ النَّاسِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَأَمَّا شَرِكَةُ الْوُجُوهِ: فَالرَّجُلَانِ يَشْتَرِكَانِ - وَلَا مَالَ لَهُمَا - عَلَىٰ أَنْ يَشْتَرِيَا بِوُجُوهِهِمَا وَيَبِيعَا؛ فَتَصِحَّ الشَّرِكَةُ عَلَىٰ هَذَا)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[1].

وقولُه: (وَأَمَّا شَرِكَةُ الْوُجُوهِ) عطفٌ علىٰ قولِه: (**فَأَمَّا شِرْكَةُ الْمُفَاوَضَةِ**) في أوَّلِ كتابِ الشَّرِكَةِ.

قال في «شرح الطَّحَاويِّ»[2]: «فأَمَّا الشَّرِكَةُ بالوجوهِ: فهو أنْ يَشْتَرِكَ الرجُلان وليس لهما مالٌ ولا عملٌ علىٰ أنْ يَشْتَرِيَا بالنسيئةِ ويَبِيعا بالنقدِ، فما حصَل مِن الرِّبْحِ؛ فهو بينَهُما، فهذا جائزٌ.

وإنما سُمِّيتْ هذه الشَّرِكَةُ شَرِكَةَ وجُوهٍ؛ لأنَّهُما اشتركا بوجُوهِهما، يعني: لوجاهَتِهما وأمانَتِهما عندَ الناسِ، فيَبِيعَ الناسُ منهما السلْعَةَ بالنسيئةِ لأمانَتِهما.

وقال بعضُهم: إنما سُمِّيتْ هذه الشَّرِكَةُ شَرِكَةَ الوجوهِ؛ لأنه ليس لهما مالٌ ولا عمَلٌ، فيجْلِسُ كلُّ واحدٍ منهما، فينْظُرُ إلىٰ وَجْهِ صاحِبِه، وقد تَكُونُ هذه الشَّرِكَةُ مُفَاوَضَةً، وقد تَكُونُ عِنَانًا:

فالمفاوضةُ: أن يَكُونَ الرجُلانِ مِن أهلِ الكَفَالَةِ، وأنْ يَكُونَ ثمنُ المُشْتَرَىٰ علىٰ كلِّ واحدٍ منهما نصفُه، وأنْ يَكُونَ المُشْتَرَىٰ بينَهُما نصفَيْنِ، وأنْ يَتَلَفَّظا

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

(٢) من هنا النقل عن «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٦١].

وَإِنَّمَا تَصِحُّ مُفَاوَضَةً؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ تَحْقِيقُ الْكَفَالَةِ وَالْوَكَالَةِ فِي الْأَبْدَالِ، وَإِذَا أُطْلِقَتْ تَكُونُ عَنَانًا؛ لِأَنَّ مُطْلَقَهُ يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ وَهِيَ جَائِزَةٌ عِنْدَنَا؛ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، وَالْوَجْهُ مِنَ الْجَانِبَيْنِ مَا قَدَّمْنَاهُ فِي شَرِكَةِ التَّقَبُّلِ.

غاية البيان

بلفظِ المُفَاوَضةِ.

وأمَّا العِنانُ منها: فهو أنْ يَجُوزَ التفاضُلُ في ضَمانِ [٣٥/٢ظ] ثمن المُشْتَرىٰ بينَهُما، ويَنْبَغِي أنْ يُشْتَرطَ الرِّبْحُ بينَهما علىٰ قَدْرِ الضَّمانِ وإنْ شَرطَا الرِّبْحَ، بخلافِ الضَّمانِ بينَهما، فالشرطُ باطلٌ، ويَكُونُ الرِّبْحُ بينَهما علىٰ قَدْرِ ضمانِهما»[1]، إلىٰ هنا لَفْظُ الإمامِ الأَسْبِيْجَابيِّ فيه.

اعلم: أن شَرِكَةَ الوجوهِ جائزةٌ عندَنا؛ خلافًا لِلشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ[2].

وَجْهُ قولِه: أن الرِّبْحَ فَرْعُ المالِ، فإذا لَمْ يَكُنِ المالُ موجودًا؛ لا تَنْعَقِدُ الشَّرِكَةُ؛ لعدمِ تَصَوُّرِ الرِّبْحِ بلا مالٍ.

ولنا: أن المسلمين تعامَلُوا علىٰ ذلك في سائرِ الأمصارِ مِن غيرِ نكيرٍ فيجوز لقوله عَلَيْهِ السَّلَامُ: «**مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا** [٢٥/٥و/م]؛ **فَهُوَ عِنْدَ اللهِ حَسَنٌ**»[3]، ولأنَّ المَقْصُودَ مِن الشَّرِكَةِ تحصيلُ الرِّبْحِ، وتحصيلُه مُمْكِنٌ بتوكيلِ كلِّ واحدٍ منهما صاحبَه كما مَرَّ بيانُه في شَرِكَةِ التَّقَبُّلِ، ثم التَّوْكِيلُ بشراءِ المالِ علىٰ الشَّرِكَةِ صحيحٌ مِن غيرِ إحضارِ الثمنِ، فكذلك الشَّرِكَةُ ابتداءً مِن غيرِ إحضارِ الثمنِ.

ولا يُقَالُ: لو اشْتَرَكَا[4] ابتداءً بالمالِ، ثم هلَك المالُ؛ تَبْطُلُ الشَّرِكَةُ، فإذا

---

(١) انتهىٰ النقل عن «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٦١].

(٢) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٢٨٠/٤]، و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [١٩٢/٥]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [١٩٩/٤].

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) وقع بالأصل: «اشترىٰ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

قَالَ: وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلُ الْآخَرِ فِيمَا يَشْتَرِيهِ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ عَلَى الْغَيْرِ

غاية البيان

اشْتَرَكَا بغيرِ مالٍ يَنْبَغِي أَلَّا تَنعقِدَ، كما إذا تبايَعا فهلَك المَبِيعُ؛ يَبْطُلُ البيعُ، فإذا تبايَعا على معدومٍ لا يَنْعَقِدُ.

لِأَنَّا نَقُولُ: ذلك يَبْطُلُ بالوكالةِ[1]، فإنه إذا وكَّله على شراءِ شيءٍ بمالٍ سَلَّمه إليه؛ يَصِحُّ، ولو هلَك المالُ تَبْطُلُ الوَكَالَةُ، ومعَ هذا إذا وكَّله بالشراءِ بثمنٍ في الذِّمَّةِ جاز، وإنما لَمْ يَصِحَّ بَيْعُ المعدومِ ابتداءً؛ لأن الثمنَ في مقابلةِ المبيعِ، فإذا لَمْ يَكُنِ المَبِيعُ موجودًا، كيفَ يُقابِلُهُ الثمنُ؟

أو نَقُولُ: إذا عَيَّنَ المالَ لَمْ يرْضَ أن تَكُونَ المطالبةُ في الذِّمَّةِ، بل رَضِيَ أن يَثْبُتَ الحقُّ في المالِ المُعَيَّنِ، ثم إذا لَمْ تَبطُلِ الشَّرِكَةُ بهلاكِ المالِ؛ يَلْزَمُ أَنْ يَكُونَ الحقُّ في الذِّمَّةِ، وهو لَمْ يرْضَ بهذا، بخلافِ الاشتراكِ بغيرِ مالٍ ابتداءً، فإنَّ كلَّ واحدٍ منهما رَضِيَ أَنْ يَكُونَ الحقُّ في ذِمَّتِه، فلا جرمَ جاز أن تَنْعَقِدَ الشَّرِكَةُ.

ثم صحَّةُ انعقادِ شَرِكَةِ الوجوهِ مُفَاوَضَةً لإمكانِ تحقُّقِ المساواةِ بينَهُما بجَعْلِ كلِّ واحدٍ منهما كفيلًا عن الآخرِ، ووكيلًا عنه في الأبدالِ، أعني: في الثَّمَنِ والمُثَمَّنِ، إلا أنها إذا أُطْلِقَتْ تَكُونُ عِنانًا كما قُلنا في شَرِكَةِ التَّقَبُّلِ؛ لأن المُطْلَقَ مِن الألفاظِ يَنْصَرِفُ إلى المتعارَفِ، والمتعارَفُ بينَ الناسِ: هو العِنَانُ، لا المُفَاوَضَةُ، ولهذا إذا أُطْلِقَ الثمنُ في البيعِ؛ كان على غالبِ نقْدِ البلدِ.

قولُه: (قَالَ: وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَكِيلُ الْآخَرِ فِيمَا يَشْتَرِيهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[2]، وذلك لأنَّ تصرُّفَ كلِّ واحدٍ مِن الشريكَيْن يَقَعُ عن نفسِه وعن صاحبِه، ووقوعِ التصرُّفِ عن الغيرِ لا يَخْلُو: إمَّا أَنْ يَكُونَ بولايةٍ عليه، أَوْ وَكَالَةٍ

(١) وقع بالأصل: «يبطل الوكالة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١].

لَا يَجُوزُ إِلَّا بِوِكَالَةٍ أَوْ وِلَايَةٍ وَلَا وِلَايَةَ، فَتُعَيَّنُ الْوِكَالَةُ، فَإِنْ شَرَطَا أَنَّ الْمُشْتَرَىٰ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ؛ فَالرِّبْحُ كَذَلِكَ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَفَاضَلَا فِيهِ، فَإِنْ شَرَطَا أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرَىٰ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا؛ فَالرِّبْحُ كَذَلِكَ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الرِّبْحَ لَا يُسْتَحَقُّ إِلَّا بِالْمَالِ

عنه، والولايةُ مُنْتَفِيةٌ؛ فتعيَّنَتِ الوَكَالَةُ، وهذا معنىٰ قولِه: (فَتَعَيَّنَ الْأُولَىٰ).

قولُه: (فَإِنْ شَرَطَا أَنَّ الْمُشْتَرَىٰ [٥/٢٥ظ/م] بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ؛ فَالرِّبْحُ كَذَلِكَ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَفَاضَلَا فِيهِ، فَإِنْ شَرَطَا أَنْ يَكُونَ الْمُشْتَرَىٰ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا؛ فَالرِّبْحُ كَذَلِكَ) هذا لفْظُ القُدُورِيِّ رحمه الله في «**مختصره**»[1].

اعلم: أن اشتراطَ فضْلِ الرِّبْحِ علىٰ قَدْرِ الضَّمانِ لا يَجُوزُ، فإنْ شُرِطَ الفضلُ فيه لأحدِهما؛ بَطَلَ الشرطُ، وكان الرِّبْحُ بينَهُما علىٰ قَدْرِ ضمانِهما، وهذا لأن ضَمانَ الثمنِ إذا كان أثلاثًا بينَهُما مثَلًا، وقد شَرَطَا أن يَكُونَ الرِّبْحُ نصْفَيْن؛ كان لصاحبِ الثلُثِ رِبْحُ ما ضمانُه علىٰ غيرِه، وهو السدسُ، فيَلْزَمُ مِن ذلك رِبْحُ ما لَمْ يُضْمَن، وهو حرامٌ؛ لنَهْيِ النبيِّ ﷺ عنه[2].

تحقيقُه [٢/٣٦و]: أن استحقاقَ الرِّبْحِ إمَّا أنْ يَكُونَ بالمالِ - كرَبِّ المالِ في المُضاربةِ - أوْ بالعملِ كالمُضارِبِ، أوْ بالضَّمانِ كرَجُلٍ يُجلِسُ علىٰ دُكَّانِه تلميذًا يَطْرَحُ عليه العملَ بالنصفِ، حيثُ يَسْتَحِقُّ نصفَ الرِّبْحِ استحسانًا، ولا يُسْتَحَقُّ الرِّبْحُ في الشرعِ بلا واحدٍ مِن الوجوهِ الثلاثةِ.

ثم استحقاقُ الرِّبْحِ في شَرِكَةِ الوجوهِ بِضَمانِ الثمنِ، فإذا كان الضَّمانُ نصْفَيْن؛ يَكُونُ اشتراطُ فَضْلِ الرِّبْحِ علىٰ النصفِ رِبْحَ ما لَمْ يُضْمَنْ لا محالةَ، فلا يَجُوزُ، وهذا كافٍ في تحقيقِ المسألةِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١١ - ١١٢].

(٢) مضىٰ تخريجه.

أَوْ بِالْعَمَلِ أَوْ بِالضَّمَانِ، فَرَبُّ الْمَالِ يَسْتَحِقُّهُ بِالْمَالِ، وَالْمُضَارِبُ بِالْعَمَلِ، وَالْأُسْتَاذُ الَّذِي يُلْقِي الْعَمَلَ عَلَى التِّلْمِيذِ بِالنِّصْفِ بِالضَّمَانِ، وَلَا يَسْتَحِقُّ بِمَا سِوَاهَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّ مَنْ قَالَ لِغَيْرِهِ: تَصَرَّفْ فِي مَالِكَ عَلَى أَنَّ لِي رِبْحَهُ لَمْ يَجُزْ لِعَدَمِ هَذِهِ الْمَعَانِي. وَاسْتِحْقَاقُ الرِّبْحِ فِي شَرِكَةِ الْوُجُوهِ بِالضَّمَانِ عَلَى مَا بَيَّنَّا وَالضَّمَانُ عَلَى قَدْرِ الْمِلْكِ فِي الْمُشْتَرَى، وَكَانَ الرِّبْحُ الزَّائِدُ عَلَيْهِ رِبْحَ مَا لَمْ

غاية البيان

وما قاله صاحبُ «الهداية»: (فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاطُهُ)، أي: اشتراطُ رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ إلا في المُضَارِبةِ، (وَالْوُجُوهُ لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا)، أي: شَرِكَةُ الوجوهِ ليست في معنى المُضَارِبةِ؛ لأن المُضَارِبَ يَعْمَلُ في مالِ صاحبِه، وهنا لَمْ يُوجَدْ، (بِخِلَافِ الْعِنَانِ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهَا)، أي: لأن العِنَانَ في معنى المُضَارِبةِ (مِنْ حَيْثُ إِنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَعْمَلُ فِي مَالِ صَاحِبِهِ؛ فَيُلْحَقُ بِهَا)، أي: يُلْحَقُ العِنَانُ بالمُضَارَبةِ.

يعني: يَجُوزُ رِبْحُ ما لَمْ يُضْمَنْ في العِنَانِ كما في المُضَارَبَةِ؛ لشَبَهِهِ بها، ففيه نظَرٌ؛ لأن رِبْحَ ما لَمْ يُضْمَنْ لو كان جائزًا في العِنَانِ - لشَبَهِهِ بالمُضَارَبةِ - لصحَّ الشَّرِكَةُ بالعُرُوضِ في العِنَانِ، ونحن إنما لَمْ نُجَوِّزْها؛ لأدائِها إلى رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ، وأيضًا في العِنَانِ استحقاقُ الرِّبْحِ بأحدِ الوجوهِ الثلاثةِ، وهو العملُ، فلا يَكُونُ فضلُ الرِّبْحِ مُفْضِيًا إلى رِبْحِ ما لَمْ يُضْمَنْ، وقد مَرَّ بيانُه عندَ قولِه: (وَيَصِحُّ أَنْ يَتَسَاوَيَا [٥/٢٦و/م] فِي الْمَالِ، وَيَتَفَاضَلَا فِي الرِّبْحِ).

قولُه: (وَلَا يُسْتَحَقُّ بِمَا سِوَاهَا)، أي: لا يُسْتَحَقُّ الرِّبْحُ بما سوى هذه الأشياءِ الثلاثةِ المذكورةِ، وهي المالُ، والعملُ، والضَّمانُ، [و][1] قولُه: (لِعَدَمِ هَذِهِ الْمَعَانِي): إشارةٌ إلى هذه الأشياءِ.

قولُه: (عَلَى مَا بَيَّنَّا) إشارةٌ إلى ما ذكر في شَرِكَةِ التَّقَبُّلِ بقولِه: (لِأَنَّ الضَّمانَ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

يُضْمَنْ، فَلَا يَصِحُّ اشْتِرَاطُهُ إِلَّا فِي الْمُضَارَبَةِ، وَالْوُجُوهُ لَيْسَتْ فِي مَعْنَاهَا، بِخِلَافِ الْعَنَانِ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهَا مِنْ حَيْثُ أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يَعْمَلُ فِي مَالِ صَاحِبِهِ فَيَلْحَقُ بِهَا.

غاية البيان

بِقَدْرِ الْعَمَلِ، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهِ رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ، فَلَمْ يَجُزِ الْعَقْدُ؛ لِتَأْدِيَتِهِ إِلَيْهِ، وَصَارَ كَشَرِكَةِ الْوُجُوهِ).

فَصْلٌ
فِي الشَّرِكَةِ الْفَاسِدَةِ

وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ فِي الِاحْتِطَابِ وَالِاصْطِيَادِ، وَمَا اصْطَادَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوِ احْتَطَبَهُ؛ فَهُوَ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ، وَعَلَىٰ هَذَا الِاشْتِرَاكُ فِي أَخْذِ كُلِّ شَيْءٍ

غاية البيان

بَابُ
الشَّرِكَةِ الْفَاسِدَةِ

شرَع في الشَّرِكَةِ الفاسدةِ بعدَ فراغِه مِن الشَّرِكَةِ الصحيحةِ؛ لأنَّ الصحيحَ موجودٌ أصلًا ووَصْفًا، والفاسدَ موجودٌ أصلًا لا وَصْفًا، فكان تقديمُ ما كان موجودًا مِن كلِّ وَجْهٍ أَوْلَىٰ.

قولُه: (وَلَا تَجُوزُ الشَّرِكَةُ فِي الِاحْتِطَابِ وَالِاصْطِيَادِ، وَمَا اصْطَادَهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَوِ احْتَطَبَهُ؛ فَهُوَ لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1].

قال صاحبُ «الهداية»: (وَعَلَىٰ هَذَا: الِاشْتِرَاكُ فِي أَخْذِ كُلِّ شَيْءٍ مُبَاحٍ)، أي: لا يَجُوزُ الاشتراكُ في الأشياءِ المباحةِ، كاجْتِناءِ الثمارِ مِن الجبالِ والبَرَارِيِّ؛ كالفُسْتُقِ والجَوْزِ وغيرِ ذلك، وطلَبِ الكُنوزِ مِن المَعادِنِ، ونَقْلِ الطِّينِ مِن أرضٍ لا يَمْلِكانِها، أو الجَصِّ[2]، أو المِلْحِ، أو الكُحْلِ وما أشبَه ذلك.

وكذلك إنِ اشْتَرَكا علىٰ أنْ يُلَبِّنَا[3] مِن طينٍ غيرِ مملوكٍ، أوْ يَطْبُخا آجُرًّا، فإنْ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٢].

(٢) وقع بالأصل: «والجِصّ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

والجَصُّ ـ بفَتْح الجيم، ويُكْسَر، وهو الأفصح ـ: هو الذي يُبْنَىٰ به. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) **يعني**: يَضْرِبَان الطينَ لَبِنًا. ينظر: «طِلْبة الطَّلَبة» لأبي حفص النسفي [ص/ ١٢٩].

مُبَاحٍ ؛ لِأَنَّ الشَّرِكَةَ مُتَضَمِّنَةٌ مَعْنَى الْوِكَالَةِ ، وَالتَّوْكِيلُ فِي أَخْذِ الْمَالِ الْمُبَاحِ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّ أَمْرَ الْمُوَكِّلِ بِهِ غَيْرُ صَحِيحٍ ، وَالْوَكِيلُ يَمْلِكُهُ بِدُونِ أَمْرِهِ فَلَا يَصْلُحُ نَائِبًا عَنْهُ ، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ الْمِلْكُ لَهُمَا بِالْأَخْذِ وَإِحْرَازِ الْمُبَاحِ .

غاية البيان

كان الطِّينُ ، أو النُّورَةُ ، أوْ سَهْلَةُ الزُّجَاجِ[1] مملوكًا ، واشْتَرَكَا أنْ يَشْتَرِيَا ذلك ويَطْبُخاه ويَبِيعاه جاز ، وهو شَرِكَةُ الوجوهِ ، وإنما لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ في الأشياءِ المباحةِ ؛ لأن الشَّرِكَةَ تَتَضَمَّنُ الوَكَالَةَ .

وشرطُ تحقُّقِ الوَكَالَةِ: أن يَكُونَ المُوَكَّلُ به بحيثُ لا يَمْلِكُه الوَكِيلُ بدونِ أمْرِ المُوَكِّلِ ، وفي المباحاتِ يمْلِكُها الوَكِيلُ بلا توكيلٍ[2] ، فلَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ ؛ لعدمِ شَرْطِ الوَكَالَةِ ، وسببُ تمَلُّكِ المباحاتِ: الحِيَازةُ ، فكلُّ مَن فاز بالسببِ فازَ بها ، وعلى هذا سؤالُ الناسِ والتكَدِّي .

[٣٦/٢ظ] **قال الكَرْخِيُّ في «مختصره»:** «ولكلِّ واحدٍ منهما ما أَخَذ مِلْكًا له ، وثمنُه له ، ورِبْحُهُ ووضِيعتُه عليه ، وإنْ كان الآخَرُ أعانَه في عمَلِه وجَمْعِه ؛ فله أجْرُ مِثْلِه ، لا يُجاوِزُ به نصفَ [٢٦/٥ظ/م] ثمنِ ذلك في قولِ أبي يوسفَ ، وقال محمدٌ: يُبْلَغُ أجْرُ مِثْلِه بالغًا ما بلَغ ، وقولُ أبي يوسفَ استحسانٌ»[3] إلى هنا لفْظُه رحمه الله .

وقال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «وكذلك هذا الاختلافُ في المُضَارَبَةِ الفاسدةِ إذا رَبِحَ ؛ فإن الرِّبْحَ كلَّه لرَبِّ المالِ ، وللمُضاربِ عليه أجْرُ مِثْلِه بالغًا ما بلَغ عندَ

---

(١) **سَهْلَةُ الزُّجَاجِ:** جوهر الزُّجاج الذي يُتَّخَذُ منه ، وأصلُها الأرضُ اللَّيِّنَةُ ، وكأنها تُؤْخَذ مِن مثلها. ينظر: «طِلْبة الطَّلَبة» لأبي حفص النسفي [ص/ ١٠٠].

تنبيه: وقع: «سَهْلَة» في «ك» ، و«غ»: مضبوطة بفتْح السين ، وأنكر ذلك صاحبُ: «المغرب» وقال: «وأمّا سِهْلة الزُجاج: فبالكسْر لا غير». ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١/٢٢٢].

(٢) وقع بالأصل: «توكل». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٢٤٣].

فَإِنْ أَخَذَاهُ مَعًا فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي سَبَبِ الِاسْتِحْقَاقِ، وَإِنْ أَخَذَهُ أَحَدُهُمَا وَلَمْ يَعْمَلْ الْآخَرُ شَيْئًا فَهُوَ لِلْعَامِلِ، وَإِنْ عَمِلَ أَحَدُهُمَا وَأَعَانَهُ

غاية البيان

محمدٍ، سواءٌ رَبِحَ أَوْ لَمْ يرْبَحْ، وعندَ أبي يوسفَ: له أجْرُ مِثْلِه، ولا يُجاوَزُ عن المسمَّىٰ مِن الرِّبْحِ»[1] إلىٰ هنا لفْظُه.

ثم إنما كان للمُعِينِ أجْرُ المِثْلِ؛ لأنه عَمِلَ له بعَقْدٍ فاسدٍ، ثم وَجْهُ قولِ محمَّدٍ رحمه الله: [أنه][2] لا يُمْكِنُ تقديرُه، أعني: تقديرَ أجْرِ المِثْلِ بنصفِ قِيمَةِ المجموعِ؛ لأنه مجهولٌ جهالةً متفاحشةً جنسًا وقدْرًا، حيثُ لا يُدْرَىٰ أيُّ نوعٍ مِن الحَطَبِ يُصِيبانِ، وأيُّ قَدْرٍ منه يَجْمَعانِ، ولا يَدْرِيانِ أيضًا هل يجِدَانِ ما عقَدَا عليه عَقْدَ الشَّرِكَةِ أمْ لا يَجِدَانِ؟

فإذا كان كذلك؛ لا يُمكِنُ أنْ يُقالَ: إن المُعِينَ رَضِيَ بنصفِ المسَمَّىٰ مِن الحَطَبِ أو الكنْزِ ونحوِهما؛ لأن الرِّضا بالمجهولِ لا يَتَحَقَّقُ، فيَجِبُ الأجْرُ بالغًا ما بلَغ، أَلَا تَرَىٰ أنه لو أعانَه عليه فلَمْ يُصِيبا شيئًا؛ كان له الأجرُ [بالغًا ما بلَغ][3]، فهنا أَوْلَىٰ؛ لأنهما أصابَا.

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ رحمه الله: أنه رَضِيَ بنصفِ ثمنِ المجموعِ، وإنْ كان ذلك مجهولًا في الحالِ؛ لأنه يُعْلَمُ في المآلِ، فكان جهالتُه علىٰ شرَفِ الزوالِ، فإنه علىٰ عَرضٍ أنْ يَصِيرَ معلومًا عندَ الجمعِ.

فإذا كان راضِيًا في الابتداءِ بنصفِ المجموعِ وقد فسَد العقدُ؛ كان راضِيًا بنصفِ ثمَنِ المجموعِ في الانتهاءِ، فلا يُجَاوَزُ عن نصفِه؛ لأنه يُعْتَبرُ رضاه في

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٥٧].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

الْآخَرُ فِي عَمَلِهِ بِأَنْ قَلَعَهُ أَحَدُهُمَا وَجَمَعَهُ الْآخَرُ، أَوْ قَلَعَهُ وَجَمَعَهُ وَحَمَلَهُ الْآخَرُ فَلِلْمُعِينِ أَجْرُ مِثْلِهِ بَالِغًا مَا بَلَغَ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: ......

غاية البيان

إسقاطِ حقِّه عن مطالبةِ الزيادةِ، أَلَا تَرَىٰ [أنه][1] لو استأجَر رَجُلًا ليَحْمِلَ له حِنْطَةً مُقدَّرةً إلىٰ مكانٍ بقَفِيزٍ منها؛ لا يُجَاوزُ أجْرُ المِثْلِ عن المسمَّىٰ، وهو القَفِيزُ، فكذا هنا، بخلافِ ما إذا لَمْ يُصِيبَا، فإن المسمَّىٰ لا يُمْكِنُ اعتبارُه؛ لجهالَتِه بالتفاحُشِ حالًا ومآلًا، فوجَب أجْرُ المِثْلِ بالغًا ما بلَغ.

وكأنَّ صاحبَ «**الهداية**»: مالَ إلىٰ قولِ محمدٍ، حيثُ قدَّمه في الذِّكْرِ علىٰ أبي يوسفَ، ولكنَّ الحاكمَ الجليلَ الشهيدَ، والشيخَ أبا الحسنِ الكَرْخِيَّ، وشمسَ الأئمةِ البَيْهَقِيَّ صاحبَ [٥/٢٧و/م] «**الشامل**»، قدَّموا ذِكْر قولِ أبي يوسفَ علىٰ قولِ محمَّدٍ كما يَقتَضِيه القياسُ، هذا إذا عَمِل أحدُهما وأعانه الآخَرُ[2].

أمَّا إذا عَمِلا جميعًا وخَلَطاه: فقد قال الحاكمُ [الشهيدُ][3]: «قُسِمَ الثمنُ علىٰ كَيْلٍ ووَزْنٍ ما كان لكلِّ واحدٍ منهما إنْ كان كَيْلِيًّا أوْ وَزْنِيًّا، وعلىٰ القِيمَةِ إنْ لَمْ يَكُنْ كذلك، فإنْ لَمْ يُعْرَفِ المقدارُ؛ صُدِّقَ كلُّ واحدٍ منهما إلىٰ النصفِ، ولَمْ يُصَدَّقْ علىٰ الزيادةِ إلا ببَيِّنةٍ؛ لأنه في يدِهما جميعًا» إلىٰ هنا لَفْظُ الحاكمِ في «**الكافي**»[4].

وقال في «شرح الطَّحاويِّ»: «وإنِ اختلَفا؛ فيَجُوزُ دعوَىٰ كلِّ واحدٍ منهما إلىٰ النصفِ معَ اليمينِ علىٰ دعوىٰ صاحبِه»[5].

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» [١٣٦٤/٣]، «المبسوط» [١٥١/١١، ٢١٦]، «تحفة الفقهاء» [١٥/٣]، «بدائع الصنائع» [٨٤/٥]، «الاختيار» [٢٢/٣]، «شرح مجمع البحرين» [١٥٦٨/٤، ١٥٦٩]، «تبيين الحقائق» [٣٢٢/٣، ٣٢٣]، «فتح القدير» [١٩١/٦، ١٩٢]، «الفتاوىٰ الهندية» [٣٤٤/٢].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن».

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٦٠].

(٥) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٥٧].

لَا يُجَاوَزُ بِهِ نِصْفُ ثَمَنِ ذَلِكَ، وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ.

قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَكَا، وَلِأَحَدِهِمَا بَغْلٌ، وَلِلْآخَرِ رَاوِيَةٌ يَسْتَقِي عَلَيْهَا الْمَاءَ،

غاية البيان

قولُه: (لَا يُجَاوَزُ بِهِ) بفتْحِ الواوِ علىٰ صيغةِ المبْنِيِّ للمفعولِ.

قولُه: (نِصْفُ ثَمَنِ ذَلِكَ) بالرفعِ؛ لقيامِه مقامَ الفاعلِ، وهذا نحوُ قولِهم: بُلِغَ بعطائِكَ خمسُ مئةٍ.

وأصلُه: أن المفعولَ به المتعدَّىٰ إليه بغيرِ حرْفٍ له فضْلٌ علىٰ المتعدَّىٰ إليه بحرْفٍ، فلذا قلنا: أُسْنِد الفعلُ إلىٰ النصفِ دونَ الجارِّ [٣٧/٢و] والمجْرورِ، ولكن لو لَمْ يَكُنْ ذَكَر النصفَ، واقتَصَر علىٰ الجارِّ والمجرورِ؛ كان الإسنادُ إليهما حينَئذٍ جائزًا، وقد عُرِفَ في «**المفَصَّل**»[1].

قولُه: (وَقَدْ عُرِفَ فِي مَوْضِعِهِ)، أي: في كتابِ الشَّرِكَةِ مِن «**المبسوط**»[2].

قال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: و«كذلك إنْ كان لهما كلبٌ، فأرسَلاه جميعًا؛ كان ما أصاب بينَهُما، ولو كان الكلبُ لأحدِهما، وكان في يدِه، فأرسَلاه جميعًا؛ كان ما أصاب الكلبُ لصاحبِه خاصَّةً، وإنْ كان لكلِّ واحدٍ منهما كلبٌ، فأرسَل كلُّ واحدٍ منهما كلْبَه، فأصاب صيدًا واحدًا؛ كان بينَهما نصْفَيْنِ، وإنْ أصاب كلبُ كلِّ واحدٍ منهما صيدًا علىٰ حِدَةٍ؛ كان له خاصَّةً»[3].

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَكَا، وَلِأَحَدِهِمَا بَغْلٌ، وَلِلْآخَرِ رَاوِيَةٌ يَسْتَقِي عَلَيْهَا الْمَاءَ،

(١) ينظر: «المفصل في صنعة الإعراب» للزمخشري [ص/ ٣٤٣]، و«شرح المفصل» لابن يعيش [٣١٣/٤].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١٦/٤/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. و«المبسوط» للسرخسِيّ [٢١٩/١١].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٩٣].

وَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا؛ لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ، وَالْكَسْبُ كُلُّهُ لِلَّذِي اسْتَقَىٰ، وَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الرَّاوِيَةِ إِنْ كَانَ صَاحِبَ الْبَغْلِ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبَ الرَّاوِيَةِ؛ فَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الْبَغْلِ.

غاية البيان

وَالْكَسْبُ بَيْنَهُمَا؛ لَمْ تَصِحَّ الشَّرِكَةُ، وَالْكَسْبُ كُلُّهُ لِلَّذِي اسْتَقَىٰ، وَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الرَّاوِيَةِ إِنْ كَانَ صَاحِبَ الْبَغْلِ، وَإِنْ كَانَ صَاحِبَ الرَّاوِيَةِ؛ فَعَلَيْهِ أَجْرُ مِثْلِ الْبَغْلِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

وإنما فسدَتِ الشَّرِكَةُ: لانعقادِها على أَخْذِ مباحٍ، وهو الماءُ، وقد بَيَّنَّا قبْلَ هذا: أن الشَّرِكَةَ [٥/٢٧ظ/م] في المباحاتِ باطلةٌ كالاصطيادِ، وإذا كانت فاسدةً؛ كان الكسبُ للمُسْتَقِي خاصَّةً، كما في الشَّرِكَةِ في الاصطيادِ: يَكُونُ الصيدُ لمن أخَذه، ثم المستَقِي يَجِبُ عليه أجرُ مِثْلِ البغلِ، أو الرَّاوِيَةُ لصاحبِ البغلِ أوْ لصاحبِ الرَّاوِيَةِ؛ لأنه استوفَىٰ بعَقْدٍ فاسدٍ منافعَ مِلْكِ الغيرِ[2].

ورَوَيْتُ للقومِ: إذا استقيْتَ لهم.

والبَعِيرُ الذي يُحْمَلُ عليه الماءُ: الرَّاوِيَةُ، وكثُر ذلك حتىٰ سَمُّوا الْمَزَادَةَ: رَاوِيَةً. كذا قال ابنُ دُرَيْدٍ[3] والمرادُ هنا: الْمَزَادَةُ.

قال أبو عُبيدٍ[4]: الْمَزَادَةُ لا تَكُونُ إلا مِن جِلْدَيْن يُقامُ بجِلْدٍ ثالثٍ بينَهُما ليتَّسِعَ، والجمْعُ: مَزَادٌ ومَزَايِدُ.

وقد قال أصحابُنا ﷺ: وإذا اشْتَرَكَا ولأحدِهما بغْلٌ، وللآخَرِ بعيرٌ علىٰ أنْ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٢].
(٢) وقع بالأصل: «ملك الغر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».
(٣) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٢٣٥].
(٤) ينظر: «غريب الحديث» لأبي عُبيد [١/٢٤٤].

أَمَّا فَسَادُ الشَّرِكَةِ فَلِانْعِقَادِهَا عَلَىٰ إِحْرَازِ الْمُبَاحِ وَهُوَ الْمَاءُ، وَأَمَّا وُجُوبُ الْأَجْرِ فَلِأَنَّ الْمُبَاحَ إِذَا صَارَ مِلْكًا لِلْمُحْرِزِ وَهُوَ الْمُسْتَقِي، وَقَدِ اسْتَوْفَىٰ مَنَافِعَ مِلْكِ الْغَيْرِ وَهُوَ الْبَغْلُ أَوِ الرَّاوِيَةُ بِعَقْدٍ فَاسِدٍ فَيَلْزَمُهُ أَجْرُهُ.

غاية البيان

يُؤَاجرا[1] ذلك، فما رزَقَهُما اللهُ تعالىٰ فيه مِن شيءٍ؛ فهو بينَهُما نصفانِ، فهذا فاسدٌ؛ لأن هذه شَرِكَةٌ وقعَتْ على إجارةِ الدوابِّ، لا على تَقَبُّلِ العمَلِ؛ لأن تقديرَها أن يقولَ لصاحبِه: بعْ منافعَ دابَّتِكَ؛ ليَكُونَ ثمنُهُ بيننا، ولو صرَّحا بهذا؛ كانتِ الشَّرِكَةُ فاسدةً، فكذا هذا.

فإنْ آجَرَاهما في عملٍ معلومٍ؛ قُسِمَ الأجرُ بينَهُما على مِثْلِ أجْرِ البغلِ، ومِثْلِ أجْرِ البَعِيرِ؛ لأن الشَّرِكَةَ لَمَّا فسدَتْ ـ والإجارةُ صحيحةٌ؛ لانعقادِها على منافعَ معلومةٍ ببدلٍ معلومٍ ـ كان الأجرُ مقسومًا بينَهُما على مقدارِ أجْرِ مِثْلِ دابَّتِهِما؛ لأن حكمَ الأجْرِ أن يَنْقَسِمَ على قِيمةِ المنافعِ، كما يَنْقَسِمُ الثمنُ على قيمةِ المَبِيعَيْنِ المختلِفَيْن.

ولو تقبَّلا حمُولةً معلومةً بأجْرٍ معلومٍ، ولَمْ يُؤَاجِرِ البغلَ والبَعِيرَ، فحَمَلاها عليهما؛ فالأُجرةُ بينَهُما نصفانِ؛ لأن الحمْلَ صار مضمونًا عليهما بالعقدِ، فكان البدلُ علىٰ قَدْرِ الضَّمانِ، ولَمْ يُعْتَبَرْ بزيادةِ حمْلِ البَعيرِ على البغْلِ، كما لا يُعْتَبَرُ في شَرِكَةِ التَّقَبُّلِ بكثرةِ عمَلِ أحدِهما.

وإنْ آجَر البَعِيرَ بعَيْنِه؛ كان الأجرُ لصاحبِه؛ لأنه هو العاقدُ، وإنْ كان الآخرُ أعانَه على الحمُولةِ والنقْلِ؛ كان له أجْرُ مِثْلِه، لا يُجَاوَزُ به نصفُ الأجْرِ[2] الذي أخَذه في قولِ أبي يوسفَ.

(١) وقع بالأصل: «بعيرٌ أن لا يُؤاجر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «نصف الآخر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

. . . .

وقال محمدٌ: له أجْرُ مِثْلِه بالغًا ما بلَغ[١].

وَجْهُ الخلافِ: عُرِفَ في مسألةِ أوَّلِ الفصْلِ، ولو أن قصَّارًا له أداةُ القَصَّارِينَ، وقَصَّارٌ له بيْتٌ اشْتَرَكَا على أن يَعْمَلا بأداةِ هذا في بيْتِ هذا على أن الكسبَ بينَهُما نصفان كان [٥/٢٨و/م] جائزًا؛ لأن الشَّرِكَةَ وقعَتْ على التَّقَبُّلِ، لا على الأداةِ [٢/٣٧ظ] والبيتِ، فتَكُونُ هذه شَرِكَةَ تقبُّلٍ وأنها جائزةٌ، وكذلك سائرُ الصُّنَّاعِ نحوُ الخَيَّاطِين والصَّبَّاغِين.

ولو أن رجلًا دفَع دابَّتَه إلى رجُلٍ يُؤَاجِرُها على أن ما آجَرَها به مِن شيءٍ فهو بينَهُما نصفانِ؛ كانتِ الشَّرِكَةُ فاسدةً، والأجرُ لصاحبِ الدابَّةِ، وللآخَرِ أجْرُ المِثْلِ، وكذلك في السفينةِ والبيتِ؛ لأن تقديرَ هذا كأنه قال: آجِرْ دابَّتي؛ ليَكُونَ أجْرُها بينَنا، ولو صَرَّح بهذا كان فاسدًا، فكذا هذا، ثم الأجرُ كلُّه لرَبِّ الدابَّةِ؛ لأنَّ العاقِدَ عَقَدَ العقدَ على مِلْكِ صاحبِ الدابَّةِ بأمْرِه، وللعاقدِ أجْرُ مِثْلِه؛ لأنه لَمْ يرْضَ أن يَعْمَلَ له مجَّانًا.

ولو دفَع إليه دابَّةً يَبِيعُ عليها البُرَّ والطعامَ على أن الرِّبْحَ بينَهُما نصفانِ؛ كانت الشَّرِكَةُ فاسدةً، والرِّبْحُ لصاحبِ البُرِّ والطعامِ، ولصاحبِ الدابَّةِ أجْرُ مِثْلِها؛ لأن العاملَ استوفَى منفعةَ الدابَّةِ بعَقْدٍ فاسدٍ، فكان عليه أجْرُ مِثْلِها، والرِّبْحُ للعاملِ، وهو صاحبُ البُرِّ والطعامِ؛ لأنه كَسْبُ مالِه.

والمسائلُ مذكورةٌ في «**مختصر الكافي**» للحاكمِ[٢]، و«**مختصر الكَرْخِيِّ**»[٣]،

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [١١/٢١٩]، «الإيضاح» للكرماني [ق/١٤٢/ب]، «بدائع الصنائع» [٦/٦٤].

(٢) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/١٦٠].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٨٢].

وَكُلُّ شَرِكَةٍ فَاسِدَةٍ: فَالرِّبْحُ فِيها عَلَى قَدْرِ الْمَالِ، وَيَبْطُلُ شَرْطُ التَّفَاضُلِ؛ لِأَنَّ الرِّبْحَ فِيهِ تَابِعٌ لِلْمَالِ فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ، كَمَا أَنَّ الرَّيعَ تَابِعٌ لِلْبَذْرِ فِي الزِّرَاعَةِ، وَالزِّيَادَةُ [٢٤٢/ظ] إِنَّمَا تُسْتَحَقُّ بِالتَّسْمِيَةِ وَهُوَ هَدْرٌ، فَبَقِيَ الِاسْتِحْقَاقُ عَلَىٰ قَدْرِ رَأْسِ الْمَالِ.

وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ، أَوِ ارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ؛ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ؛

غاية البيان

و«شرح القُدُورِيِّ» [وغيرها][1]، والباقي يُعْلَمُ ثَمَّةَ.

قولُه: (وَكُلُّ شَرِكَةٍ فَاسِدَةٍ: فَالرِّبْحُ فِيها عَلَىٰ قَدْرِ الْمَالِ، وَيَبْطُلُ شَرْطُ التَّفَاضُلِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2]، وذلك لأن الشَّرِكَةَ لَمَّا فَسَدَتْ؛ كان الرِّبْحُ معتبَرًا بقَدْرِ المالِ؛ لأن استحقاقَ زيادةِ الرِّبْحِ بالتَّسْمِيَةِ، وقد بطلَتِ التسميةُ لفسادِ العقدِ؛ لكونِه واجبَ الرفعِ، فصار كأن التسميةَ لَمْ تُوجَدْ أصلًا، فبَقِيَ الرِّبْحُ تابعًا للمالِ، فصار مقدَّرًا بقَدْرِ المالِ.

قولُه: (فَيَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ)، أي: بتقَدُّرِ الرِّبْحِ بقَدْرِ المالِ.

قولُه: (كَمَا أَنَّ الرَّيعَ تَابِعٌ لِلْبَذْرِ فِي الزِّرَاعَةِ)، الرَّيعُ: النماءُ والزيادةُ، كذا في «المجمل»[3].

قولُه: (وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ، أَوِ ارْتَدَّ وَلَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ؛ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[4]، وإنما بطَلَتِ الشَّرِكَةُ بموتِ أحدِهما؛ لأن الشَّرِكَةَ تَنْعَقِدُ علىٰ الوَكالةِ، سواءٌ كانت مُفَاوضةً أَوْ عِنانًا، والوَكالةُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٢].

(٣) ينظر: «مجمل اللغة» لابن فارس [ص/ ٤٠٩].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٢].

لأَنَّهَا تَتَضَمَّنُ الْوِكَالَةَ، وَلَا بُدَّ مِنْهَا لِيَتَحَقَّقُ الشَّرِكَةُ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَالْوِكَالَةُ تَبْطُلُ

تَبْطُلُ بموتِ المُوَكِّلِ، فلَمَّا بطَلَتِ الوَكالةُ بالموتِ؛ بطَلَتِ [٥/٢٨ظ/م] الشَّرِكَةُ أيضًا[١]؛ لأن المشروطَ يَفُوتُ بفواتِ الشرطِ، وهذا لأن كونَ كلِّ واحدٍ منهما وكيلًا عن الآخَرِ شرْطُ انعقادِ الشَّرِكةِ، أَلَا تَرَىٰ أن الشَّرِكةَ لا تَنْعَقِدُ فيما لا يَصِحُّ فيه التَّوْكِيلُ، كالاحْتِطابِ والاصطيادِ، ولأنَّ العقدَ إذا كان غيرَ لازمٍ كان لدوامِهِ حُكْمُ الابتداءِ، والشَّرِكَةُ بهذه المَثَابةِ، ثم الشَّرِكَةُ لا وجودَ لها بينَ الحَيِّ والميِّتِ ابتداءً، فكذا بقاءً[٢].

ولا فَرْقَ بينَ إنْ عَلِم الشَّرِيكُ موتَ صاحبِه، أوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لأنه عزْلٌ حُكْمِيٌّ، فلا يُشْتَرطُ فيه العِلْمُ، بخلافِ العَزْلِ القَصْدِيِّ، حيثُ [لا][٣] يَصِحُّ ما لَمْ يَعْلَمِ الآخرُ؛ لأنه يُشْتَرطُ فيه العِلْمُ، ثم لَمَّا ثبَتَ بطلانُ الشَّرِكَةِ بالموتِ؛ ثبَتَ بطلانُها بالارْتِدادِ إذا لَحِقَ بدارِ الحربِ، وقضَىٰ القاضي به؛ لأنه موتٌ حُكْمِيٌّ، أَلَا تَرَىٰ أنه يُقْسَمُ مالُه بينَ ورثتِه.

ثم الشَّرِكَةُ في العزْلِ القصْدِيِّ تَنفَسِخُ إذا كان مالُ الشَّرِكَةِ عيْنًا، يعني: دراهمَ أوْ دنانيرَ، ولو كان مالُ الشَّرِكةِ عُرُوضًا وَقْتَ الفسْخِ؛ فقد ذكَر الطَّحَاويُّ في «**مختصره**»: أنه لا يَنفَسِخُ[٤]، وجَعَله بمنزلةِ المُضَاربةِ.

وقال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الطَّحَاويِّ»: «لا روايةَ عن أصحابِنا في الشَّرِكَةِ، وإنما الروايةُ في المُضَاربةِ، وهي أن ربَّ المالِ إذا نهَىٰ المُضَاربَ عن التصَرُّفِ؛ فإنه يَنْظُرُ: إنْ كان مالُ المُضَاربةِ وَقْتَ النهيِ دراهمَ أو دنانيرَ؛ صحَّ

---

(١) زيادة بعدها في «م»: «بالموت».

(٢) وقع بالأصل: «فكذا آنفًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٠٨].

بِالْمَوْتِ، وَكَذَا بِالِالْتِحَاقِ مُرْتَدًّا إِذَا قَضَىٰ الْقَاضِي بِلِحَاقِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْتِ

النهيُ، فإنْ كان رأسُ المالِ دراهمَ؛ كان له أنْ يصْرِفَ الدنانيرَ إلىٰ الدراهمِ.

وإنْ كان رأسُ [٢/٣٨و] المالِ دنانيرَ؛ كان له أنْ يَصْرِفَ الدراهمَ إلىٰ الدنانيرِ، وليس له أنْ يَشْتَرِيَ بها عَرْضًا، وإنْ كان رأسُ المالِ عُرُوضًا وَقْتَ النهيِ؛ فلا يَصِحُّ نهْيُه.

وجعَلَ الطَّحَاوِيُّ الشَّرِكَةَ بمنزلةِ المُضَاربةِ، وبعضُ مشايخِنا فرَّقُوا بينَ المُضَاربةِ والشَّرِكَةِ، وقالوا: يَجُوزُ فسْخُ الشَّرِكةِ وإنْ كان رأسُ المال عَرْضًا، بخلافِ المُضَاربةِ؛ لأن مالَ الشَّرِكةِ في أيدِيهِما جميعًا، وولايةُ التصَرُّفِ فيه إليهما جميعًا، فيمْلِكُ كلُّ واحدٍ منهما نهْيَ صاحبِه عيْنًا كان المالُ أوْ عَرْضًا.

وأمَّا مالُ المُضَاربةِ: فإنه في يدِ المُضَاربِ، وولايةُ التصَرُّفِ إليه لا إلىٰ ربِّ المالِ، فلا يمْلِكُ ربُّ المالِ نَهْيَه بعدَما [٥/٢٩و/م] صار المالُ عَرْضًا»[1]، كذا قال في «**شرح الطَّحَاويِّ**».

وقال في «**الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيِّ**»: «وإذا ارْتَدَّ أحدُ المُتَفَاوِضَيْن - إنْ لَحِقَ بدارِ الحربِ - وقضَىٰ القاضي بلحوقِه؛ انقطعَتِ المُفَاوضةُ والعِنَانُ باتًّا، حتىٰ لو رجَعَ مسلمًا فلا شَرِكَةَ بينَهُما؛ لأنه لَمَّا حُكِمَ بلحاقِه؛ جُعِلَ ميِّتًا حُكْمًا.

وإنْ لَمْ يقْضِ القاضي بلحاقِه بدارِ الحربِ؛ انقطعَتِ المُفَاوضةُ والعِنَانُ بينَهُما علىٰ سبيلِ التوقُّفِ بالإجماعِ، فإذا عاد مسلمًا قبْلَ أنْ يَحْكُمَ الحاكمُ بلحاقِه بدارِ الحربِ؛ يَكُونُ علىٰ الشَّرِكَةِ، وإنْ مات أوْ قُتِلَ؛ انقطعَتِ الشَّرِكَةُ، وإنْ لَمْ يلْحَقْ بدارِ الحربِ؛ انقطعَتِ المُفَاوضةُ علىٰ سبيلِ التوقُّفِ.

فإنْ لَمْ يقْضِ القاضي بالبطلانِ حتىٰ أسلَم؛ عادَتِ المُفَاوضةُ، وإنْ مات؛

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٥٧].

عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

ولا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَ الشَّرِيكُ بِمَوْتِ صَاحِبِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِأَنَّهُ عَزْلٌ حُكْمِيٌّ، وَإِذَا بَطَلَتِ الْوَكَالَةُ بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا فَسَخَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ الشَّرِكَةَ[1] حَيْثُ يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ عِلْمِ الْآخَرِ؛ لِأَنَّهُ عَزْلٌ قَصْدِيٌّ.

غاية البيان

بطلَتِ المُفَاوضةُ مِن وَقْتِ الرِّدَّةِ، وإذا انقطعَتِ المُفَاوضةُ على سبيلِ التوقُّفِ، هل تَبْقَىٰ عِنَانًا؟ عندَ أبي حَنِيفَةَ: لا. وعندَهما: تَبْقَىٰ عِنَانًا»[2].

قولُه: (عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ)، إشارةٌ إلىٰ ما قال في بابِ أحكامِ المُرْتَدِّينَ بقولِه: (وَلَنَا: أَنَّهُ بِاللَّحَاقِ صَارَ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ، وَهُمْ أَمْوَاتٌ فِي أَحْكَامِ الْإِسْلَامِ؛ لِانْقِطَاعِ وِلَايَةِ الْإِلْزَامِ، كَمَا هِيَ مُنْقَطِعَةٌ عَنِ الْمَوْتَىٰ[3]).

---

(١) أشار بعده بلحق فِي حاشية الأَصْل أَن بعده فِي نسخة: «خ: ومالها دراهم ودنانير».

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الْوَلْوَالِجِيَّة» [٤٣/٣].

(٣) وقع بالأصل: «عن المولىٰ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

فَصْلٌ

وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الْآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ التِّجَارَةِ.

فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاتَهُ ، فَأَدَّىٰ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ فَالثَّانِي ضَامِنٌ ، عَلِمَ بِأَدَاءِ الْأَوَّلِ ، أَو لَمْ يَعْلَمْ ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه. وَقَالَا: لَا يَضْمَنُ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ.

غاية البيان

فَصْلٌ

قولُه: (وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الْآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ) ، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[(١)] ، **وذلك**: لأن الشَّرِكَةَ لتحصيلِ الرِّبْحِ وتَثْمِيرِ المالِ ، وأداءُ الزكاةِ ليس فيه تَثْمِيرٌ ، فليس لكلِّ واحدٍ منهما أن يُؤَدِّيَ زكاةَ صاحبِهِ ، حتَّىٰ إذا أَدَّىٰ ؛ ضَمِنَ نصيبَ صاحبِه ؛ لأنه أَدَّىٰ بغيرِ أَمْرِه.

قولُه: (فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ زَكَاتَهُ ، فَأَدَّىٰ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ فَالثَّانِي ضَامِنٌ ، عَلِمَ بِأَدَاءِ الْأَوَّلِ ، أَو لَمْ يَعْلَمْ) ، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[(٢)] أيضًا ، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه[(٢)].

وعند صاحبَيْهِ: لا ضَمانَ على الثاني إذا لَمْ يَعْلَمْ بأداءِ الأوَّلِ.

وذكَر في بعضِ المواضعِ: أنه لا يَضْمَنُ عندَهُما ، عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ، كذا نقَل الوَلْوَالِجِيُّ في «**فتاواه**»[(٣)] ، ثم ضَمانُ الثاني خاصَّةً إذا أَدَّيَا [٥/٢٩ظ/م] علىٰ التعاقُبِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٢].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١١٢].

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [١/١٩٧ ـ ١٩٨]. وكان يحْسُن بالمؤلف (كما هي عادته في الغالب)=

. . . .

أَمَّا إذا أَدَّيَا معًا: فكلُّ واحدٍ منهما يَضْمَنُ نصيبَ صاحبِه، أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما قال في «**الشامل**» في قِسْمِ «**المبسوط**»: «المتفاوضان أَمَرَ كلُّ واحدٍ منهما صاحبَه أنْ يُؤَدِّيَ زكاةَ مالِه، فأَدَّيَا معًا؛ ضَمِن كلُّ واحدٍ نصفَ ما أَدَّىٰ».

ونقَل صاحبُ «**الأجناس**» عن «**الأصل**»[1] في «كتابِ الزكاةِ»: في شَرِيكَيْن مُتفاوضَيْن، كلُّ واحدٍ منهما أَمَرَ صاحبَه إذا حالَ الحَوْلُ: أن يُؤَدِّيَ زكاةَ مالِه، فأَدَّيَاه معًا؛ ضَمِن كلُّ واحدٍ منهما حصَّةَ صاحبِه مما أَدَّىٰ، سواءٌ كان عَلِمَ بأداءِ صاحبِه، أوْ لَمْ يَعْلَمْ في قولِ [٢/٣٨ظ] أبي حَنِيفَةَ.

وجاز زكاةُ كلِّ واحدٍ منهما ما أَدَّاه عن نفسِه، ولا يَجُوزُ عن صاحبِه ما أدَّاه؛ لأن أداءَهُ عن نفسِه يُوجِبُ عزْلَ الآخَرِ في أدائِه، فما أدَّاه لَمْ يَكُنْ مأمورًا به، وصار كمنْ أَدَّىٰ زكاةَ غيرِه بغيرِ أمْرِه لَمْ يَجُزْ، وقد اعتُرِضَ عليه بأن زكاةَ كلِّ واحدٍ [منهما][2] تَسْقُطُ عنه بعدَ أدائِه، فيترتَّبُ عليه عزْلُ وكيلِه، وحالَ ما يُؤَدِّي عنه الوَكِيلُ لَمْ يُحْكَمْ بسقوطِ الزكاةِ عن موكِّلِه، فلَمْ يُوجِبْ عزْلَ الوَكِيلِ عن الأداءِ.

أُجِيبَ عنه: أنه أَمَرَه بأداءِ الزكاةِ عنه في حالةِ استقرارِ الزكاةِ علىٰ الآمرِ، وفي حالةِ ما يُؤَدِّي المُوَكِّلُ عن نفْسِه الزكاةَ، هذه حالةُ زوالِ الزكاةِ وسقوطِها عنه، فلا تُوصَفُ في هذه الحالةِ أنها حالةُ استقرارِ الزكاةِ، فكان أداؤُها علىٰ غيرِ الوجهِ المأذونِ، فكان مخالِفًا لِمَا أَمَرَه، لذلك ضَمِنَ.

وَجهُ قولِهما: أن في الثاني لا يَضْمَنُ إذا لَمْ يَعْلَمْ بأداءِ الأَوَّلِ؛ لأنه أَدَّاه

= أن يشير إلىٰ أن كلام الْوَلْوَالِجيّ وقع في «كتاب الزكاة»، لكون صنيعه هنا يُفْهَم منه أنه وقَع في كتاب الشركة، فلذلك أجهَدْنا البحثُ ثمَّةَ فلَمْ نظفر بالمراد!

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١٣/٢/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن».

. . . .

بالأمْرِ، ولا ضَمانَ معَ الأمرِ، ولهذا لا يَضْمَنُ الأوَّلُ، ولا يَلْزَمُ العزْلُ مِن مباشرةِ الآمِرِ بنفسِه قبلَ العِلْمِ؛ قياسًا على العزْلِ القصْدِيِّ.

تحقيقُه: أن في وُسْعِ الوَكِيلِ تمليكُ جُزْءٍ مِن المالِ مِن الفقيرِ، لا إيقاعُهُ زكاةً؛ لأن وقوعَ الزكاةِ يَتعلَّقُ بنِيَّةِ المُوَكِّلِ، والمرءُ لا يُكَلَّفُ بما ليس في وُسْعِه، فلذا لَمْ يَضْمَنِ الثاني، وإن لَمْ يَقَعْ ما أدَّاه زكاةً.

ولهذا ذكَرَ في «**كتابِ وَكَالَةِ الأصل**»[1]: لو دفَع ألفَ درهمٍ إلى رَجُلٍ وأمَره أنْ يَقْضِيَ به دَيْنًا عليه، فقَضَاه [٥/٣٠و/م] المُوَكِّلُ، ثم إن الوَكيلَ قضَاه، قال: «لا يَضْمَنُ إذا لَمْ يَعْلَمْ بأداءِ المُوَكِّلِ».

ووجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أن كلَّ واحدٍ منهما مأمورٌ بأداءِ الزكاةِ عن صاحبِه، فما أدَّاه الثاني ليس بزكاةٍ؛ لأنها سقطَتْ بأداءِ الآمرِ أوَّلًا، فكان الثاني مخالفًا، فضَمِن، وفسَدَ قياسُ الثاني على الأوَّلِ في عدمِ الضَّمانِ؛ لأنَّ الأوَّلَ ليس بمخالفٍ، وهذا مخالفٌ، وهذا معزولٌ ضرورةً بخلافِ الأوَّلِ، وهذا لأنَّ العَزْلَ الحُكْمِيَّ لا يَعْتَمِدُ على العِلْمِ، كما في العَزْلِ بموتِ المُوَكِّلِ، والعَزْلُ القَصْدِيُّ يَعْتَمِدُ على العِلْمِ، كما في نَسْخِ الشريعةِ، فظَهَر الفرْقُ وبطَلَ القياسُ، ولأن مَقْصُودَ الآمرِ مِن أداءِ الوَكِيلِ الزكاةَ: هو الخروجُ عن عُهْدةِ الواجبِ، ثم إذا أدَّاها الآمِرُ نفْسُه؛ حصَلَ المقصودُ، فعَرِيَ أداءُ الوكيلِ بعدَ ذلك عن المقصودِ، فكان معزولًا، عَلِمَ أوْ لَمْ يَعْلَمْ، فضَمِن نصيبَ الآمرِ.

وعلى هذا الخلافِ: المأمورُ بأداءِ الزكاةِ إذا أدَّى بعدَما أدَّى الآمِرُ.

والجوابُ عن مسألةِ «كتابِ الوَكَالَةِ»: قال صاحبُ «**الأجناس**»: مِن أصحابِنا

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٣٢٩/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَهَذَا إِذَا أَدَّيَا عَلَى التَّعَاقُبِ، أَمَّا إِذَا أَدَّيَا مَعًا ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ.

وَعَلَى هَذَا الِاخْتِلَافِ الْمَأْمُورِ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ إِذَا تَصَدَّقَ عَلَى الْفَقِيرِ بَعْدَ مَا أَدَّى الْآمِرُ بِنَفْسِهِ. لَهُمَا أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالتَّمْلِيكِ مِنَ الْفَقِيرِ، وَقَدْ أَتَى بِهِ فَلَا يَضْمَنُ لِلْمُوَكِّلِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ فِي وِسْعِهِ التَّمْلِيكَ لَا وُقُوعَهُ زَكَاةً لِتَعَلُّقِهِ بِنِيَّةِ الْمُوَكِّلِ، وَإِنَّمَا يُطْلَبُ مِنْهُ مَا فِي وِسْعِهِ، وَصَارَ كَالْمَأْمُورِ بِذَبْحِ دَمِ الْإِحْصَارِ إِذَا ذَبَحَ بَعْدَمَا زَالَ الْإِحْصَارُ وَحَجَّ الْآمِرُ لَمْ يَضْمَنِ الْمَأْمُورُ عَلِمَ أَوْ لَا.

غاية البيان

مَن قال: إن هذا الجوابَ على قولِهما، وأمَّا على قولِ أبي حَنِيفَةَ: يَضْمَنُ الوَكِيلُ في جميعِ الأحوالِ، فعلى هذا: لا يَحْتَاجُ أبو حَنِيفَةَ إلى الفرقِ، وإنْ قال: لا يَضْمَنُ ـ كما ذهبَ إليه بعضُ أصحابِنا ـ فحينئذٍ يَحْتَاجُ إلى الفرقِ.

ووجهُهُ: ما قالوا: إنه أَمَرَه في قضاءِ الدَّيْنِ بدَفْعِ مضمونٍ، وقد فعَل ذلك، فلا يَلْزَمُهُ الضَّمانُ، وفي مسألتِنا: أَمَرهُ بأنْ يَدْفَعَ الزكاةَ، ولَمْ يفْعلْ ذلك؛ فلَزِمَهُ الضَّمانُ.

بيانُه: أن الدَّيْنَ ثابتٌ في الذِّمَّةِ، وذلك لا يُمْكِنُ تسليمُه، وما يُدْفَعُ على وَجْهِ القضاءِ يَصِيرُ مضمونًا على القابضِ، ثم يَصِيرُ الضَّمانُ بالضَّمانِ قِصاصًا.

قولُه: (وَهَذَا [إِذَا][1] أَدَّيَا عَلَى التَّعَاقُبِ)، إشارةٌ إلى وجوبِ الضَّمانِ على الثاني خاصَّةً.

قولُه: (ضَمِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ)، أي: عندَ أبي حَنِيفَةَ.

وقالا [٣٩/٢و]: ليس عليه ضَمانٌ إذا لَمْ يَعْلَمْ بأداءِ صاحبِه، وقد عرف

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

ولأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ مَأْمُورٌ بِأَدَاءِ الزَّكَاةِ وَالْمُؤَدَّىٰ لَمْ يَقَعْ زَكَاةً فَصَارَ مُخَالِفًا؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْأَمْرِ إِخْرَاجُ نَفْسِهِ عَنْ عُهْدَةِ الْوَاجِبِ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَلْتَزِمُ الضَّرَرَ إِلَّا لِدَفْعِ الضَّرَرِ، وَهَذَا الْمَقْصُودُ حَصَلَ بِأَدَائِهِ وَعَرِيَ أَدَاءُ الْمَأْمُورِ عَنْهُ فَصَارَ مَعْزُولًا عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِأَنَّهُ عَزْلٌ حُكْمِيٌّ. وَأَمَّا دَمُ الإِحصَارِ: فَقَدْ قِيلَ: هُوَ عَلَىٰ هَذَا الِاخْتِلَافِ، وَقِيلَ: بَيْنَهُمَا فَرْقٌ. وَوَجْهُهُ أَنَّ الدَّمَ لَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ فَإِنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَصْبِرَ حَتَّىٰ يَزُولَ الْإِحْصَارُ. وَفِي مَسْأَلَتِنَا الْأَدَاءُ وَاجِبٌ فَاعْتُبِرَ الْإِسْقَاطُ مَقْصُودًا فِيهِ دُونَ دَمِ الْإِحْصَارِ.

غاية البيان

في «مختصر الكافي»[1].

قولُه: (لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَا يَلْتَزِمُ الضَّرَرَ إِلَّا لِدَفْعِ الضَّرَرِ)، بيانُه: أن زوالَ مِلْكِه في بعضِ مالِه ضررٌ، وفي [٥/٣٠ظ/م] دَفْعِ الوَكيلِ بسبيلِ الزكاةِ عنه ذلك، وبقاؤُه في عُهْدةِ الواجبِ ضرَرٌ أيضًا، وهو لَمْ يَلْتَزِمْ ضرَرَ دَفْعِ الوَكيلِ مالَه إلا لدَفْعِ ضررٍ آخَرَ، وهو إسقاطُ الواجبِ عن ذِمَّتِه.

فَعُلِمَ: أن المَقْصُودَ مِن الآمرِ بأداءِ الزكاةِ: إخراجُ النفْسِ عن عُهْدةِ الواجبِ، وقد حصَل المَقْصُودُ بأداءِ الآمرِ نفْسِه، فضَمِن المأمورُ بعدَ ذلك.

قولُه: (وَأَمَّا دَمُ الإِحصَارِ: فَقَدْ قِيلَ: هُوَ عَلَىٰ هَذَا الِاخْتِلَافِ)، هذا جوابٌ بسبيلِ المنعِ بأنْ يُقالَ: لَا نُسَلِّمُ أن المأمورَ بذَبْحِ دمِ الإِحْصَارِ لا يَضْمَنُ إذا ذَبحَ بعدَ زوالِ الإِحْصَارِ، بل يَضْمَنُ عندَ أبي حَنِيفَةَ.

ولئِنْ سَلَّمْنَا أنه لا يَضْمَنُ بالاتِّفاقِ، فنَفْرُقُ ونَقُولُ: دمُ الإِحْصارِ ليس بواجبٍ لا محالةَ؛ لأنه إذا صبرَ إلىٰ أنْ يَزُولَ الإِحْصَارُ، لا يُطالَبُ بدمِ الإِحْصَارِ، فلَمْ يَكُنْ أمْرًا مَقصودًا، فلَمْ يُمْكِنْ أنْ يُقَالَ: إن المَقْصُودَ حصَل بفِعْلِ المُحْصَرِ قبْلَ فِعْلِ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٦١].

قَالَ: وَإِذَا أَذِنَ أَحَدُ الْمُتَفَاوِضَيْنِ لِصَاحِبِهِ أَنْ يَشْتَرِيَ جَارِيَةً فَيَطَأَهَا، فَفَعَلَ؛ فَهِيَ لَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وَقَالَا: يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ؛

المأمورِ، فعَرِيَ فِعْلُ المأمورِ عن المَقْصُودِ، بخلافِ أداءِ الزكاةِ؛ فإنه واجبٌ، فكان إسقاطُ الواجبِ أمرًا مقصودًا، وقد حَصَلَ هذا المَقْصُودُ بأداءِ الآمرِ نفْسِه، فعَرِيَ فِعْلُ المأمورِ عن المَقْصُودِ، فضَمِن[1]، فظهَر الفرْقُ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا [أَذِنَ][2] أَحَدُ الْمُتَفَاوِضَيْنِ لِصَاحِبِهِ أَنْ يَشْتَرِيَ جَارِيَةً فَيَطَأَهَا، فَفَعَلَ؛ فَهِيَ لَهُ بِغَيْرِ [شَيْءٍ][3] عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه.

وَقَالَا: يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِنِصْفِ الثَّمَنِ)[4].

قال فخرُ الإسلامِ البَزْدَويُّ في «شرح الجامع الصغير»[5]: ذكَر في «كتابِ الشَّرِكةِ» مِثْلَ قولِهما مِن غيرِ خلافٍ، وإنما ذكَر قولَ أبي حَنِيفَةَ: في هذا الكتابِ خاصَّةً.

لهما: أن الشراءَ وقَع للمأمورِ خاصَّةً؛ بدليلِ حِلِّ الوطْءِ له، ثم هو قضَىٰ دَيْنَهُ - وهو ثمنُ الجاريةِ مِن مالِ الشَّرِكَةِ - فيَرْجِعُ عليه صاحبُه بنصفِ الثمَنِ، كما إذا اشترىٰ طعامًا رِزْقًا لأهلِه، أوْ كسْوةً، وأدَّىٰ الثمنَ مِن مالِ الشَّرِكَةِ.

تحقيقُه: أن الحاجةَ إلىٰ الوطءِ مِن الحوائجِ الأصليَّةِ، إلا أنها ليست بلازمةٍ كالطعامِ، فلَمْ تَكُنْ مُسْتثناةً مِن عَقْدِ الشَّرِكةِ بلا شرْطٍ، بخلافِ الحاجةِ إلىٰ الطعامِ؛

---

(١) وقع بالأصل: «يضمن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ٢٠٧]، «البناية شرح الهداية» [٤٢٠/٧]، «فتح القدير» [١٩٨/٦].

(٥) في باب القضاء. كذا جاء في حاشية: «م»، و«غ».

. . . .

فإنها لازمةٌ، فكانت مُسْتثناةً بلا شرْطٍ، ثم لَمَّا جاء التصريحُ بالحاجةِ إلى الوطءِ؛ أُلْحِقَتْ بحاجةِ الطعامِ، فوقَع شراءُ الجاريةِ للشَّريكِ المُشْتَرِي خاصَّةً.

ولأبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أن شراءَ الجاريةِ وقَع على الشَّرِكَةِ [٥/٣١و/م]؛ [لقضيَّةِ عَقْدِ المُفَاوضةِ، ثم أدَّى المُشْتَرِي ثمنَ ما وقَع على الشَّرِكةِ][١] مِن مالِ الشَّرِكَةِ، فلا يَرْجِعُ عليه صاحبُه؛ كما إذا اشترى قبْلَ الإذْنِ وأدَّى الثمنَ مِن مالِ الشَّرِكَةِ، حيثُ لا يَثْبُتُ الرجوعُ، فكذا هنا، إلا أنَّ إذْنَ الآمرِ؛ تَضَمَّنَ هِبةَ نصيبِه للمأمورِ؛ لأنَّ الوطءَ لا يَحِلُّ إلا في المِلْكِ، وقد حلَّ لِمَا أنه أحلَّ له وطْأَها، ولَمْ يذْكُرْ عِوَضًا، وكان تمليكًا بهبةٍ بعدَ وقوعِ الشراءِ على الشَّرِكَةِ.

فكأنه قال: اشْتَرِ جاريةً بينَنا، وقد وهبْتُ نصيبي منها لك، فجازَتِ الهِبَةُ في الشائعِ؛ لأنَّ الجاريةَ ممَّا لا يَنقَسِمُ، بخلافِ شِراءِ الطعامِ والكُسْوةِ، حيثُ يَقَعُ للمُشْتَرِي خاصَّةً؛ لأن ذلك مُسْتَثْنًى مِن قضيَّةِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ للضرورةِ؛ لأن الحاجةَ إليهما أصليَّةٌ لازِمةٌ، فإذا أدَّى الثمنَ مِن مالِ الشَّرِكَةِ؛ كان قاضِيًا دَيْنَ نفْسِه خاصَّةً مِن مالِ الشَّرِكَةِ، فيَرْجِعُ عليه صاحبُه بنصفِ الثَّمَنِ.

وفيما نحنُ فيه قضَى دَيْنًا عليهما؛ لأنَّ الشراءَ واقِعٌ على الشَّرِكةِ، ثم البائعُ يُطالِبُ أيَّهما شاء [٢/٣٩ظ] بالثمنِ؛ لأن المُشْتَرِيَ لزِمَهُ الدَّيْنُ بالتجارةِ، وما يَلْزَمُهُ بالتجارةِ؛ يَلْزَمُ صاحبَه؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ مِن المُفاوضِين كفيلٌ عن الآخَرِ، وصارَتِ الجاريةُ المُشْتَراةُ للوطْءِ بالإذْنِ كالطعامِ المُشْتَرَى.

فإذا استُحِقَّتِ الجاريةُ؛ فعلَى الواطِئِ العُقرُ، يَأْخُذُ المُسْتَحِقُّ بالعُقْرِ أيَّهما شاء، وقد مَرَّ ذلك عندَ قولِه: **(وَمَا يَشْتَرِيه كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ يَكُونُ عَلَى الشَّرِكَةِ)**.

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

لِأَنَّهُ أَدَّىٰ دَيْنًا عَلَيْهِ خَاصَّةً مِنْ مَالٍ [٢٤٣/و] مُشْتَرَكٍ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ بِنَصِيبِهِ كَمَا فِي شِرَاءِ الطَّعَامِ وَالْكُسْوَةِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْمِلْكَ وَاقِعٌ لَهُ خَاصَّةً وَالثَّمَنُ بِمُقَابَلَةِ الْمِلْكِ. وَلَهُ أَنَّ الْجَارِيَةَ دَخَلَتْ فِي الشَّرِكَةِ عَلَى الْبَتَاتِ جَرْيًا عَلَىٰ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ إِذْ هُمَا لَا يَمْلِكَانِ تَغْيِيرَهُ فَأَشْبَهَ حَالَ عَدَمِ الْإِذْنِ، غَيْرَ أَنَّ الْإِذْنَ يَتَضَمَّنُ هِبَةَ نَصِيبِهِ مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يَحِلُّ إِلَّا بِالْمِلْكِ، وَلَا وَجْهَ إِلَىٰ إِثْبَاتِهِ بِالْبَيْعِ

ـــــــ غاية البيان ـــــــ

قولُه: (وَقَالَا: يَرْجِعُ عَلَيْهِ)، أي: على المأمورِ.

قولُه: (لِأَنَّهُ أَدَّىٰ دَيْنًا عَلَيْهِ)، أي: لأنَّ المأمورَ أدَّىٰ دَيْنًا على نفسِه خاصَّةً[(١)].

قولُه: (لَا يَمْلِكَانِ تَغْيِيرَهُ)، أي: الشريكانِ لا يَمْلِكان تغييرَ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ.

ومُقْتضاها: أن يَقَعَ الشراءُ على الشَّرِكَةِ.

قولُه: (وَلَا وَجْهَ إِلَىٰ إِثْبَاتِهِ بِالْبَيْعِ)، **يعني**: لا وجْهَ إلى إثباتِ المِلْكِ بسببِ البيعِ الذي حصَل مِن مالكِ الجاريةِ.

يعني لا يُمْكِنُ أن يُقالَ: إن حِلَّ الوطءِ في الجاريةِ بناءً على أنه اشترىٰ جميعَها لنفسِه؛ لأنَّ وقوعَ الشراءِ له خاصَّةً يخالِفُ مقتضَى الشَّرِكَةِ، فلَمْ يُمْكِنِ القولُ بكونِ الشراءِ سببًا لحِلِّ الوطءِ، فأمكَنَ القولُ: بكونِ الهِبَةِ سببًا له؛ لأنها [٣١/٥ظ/م] تَثْبُتُ في ضِمْنِ الإذْنِ[(٢)]، فإذا قبَضها ليَطأَها بإذْنِ الشَّريكِ؛ تَضَمَّنَ ذلك هِبَةً، فحلَّ الوطءُ بِالهِبةِ الثابتةِ[(٣)] [بعدَ الشراءِ][(٤)].

---

(١) وقع بالأصل: «دينًا عليه خاصة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «الأداء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «الثانية». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ فَأَثْبَتْنَاهُ بِالْهِبَةِ الثَّابِتَةِ فِي ضِمْنِ الْإِذْنِ، بِخِلَافِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُسْتَثْنَى عَنْهُا لِلضَّرُورَةِ فَيَقَعُ الْمِلْكُ لَهُ خَاصَّةً بِنَفْسِ الْعَقْدِ، فَكَانَ مُؤَدِّيًا دَيْنًا عَلَيْهِ مِنْ مَالِ الشَّرِكَةِ.

وَفِي مَسْأَلَتِنَا قَضَى دَيْنًا عَلَيْهِمَا لِمَا بَيَّنَّا، وَلِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَ بِالثَّمَنِ أَيَّهُمَا شَاءَ بِالِاتِّفَاقِ؛ لِأَنَّهُ دَيْنٌ وَجَبَ بِسَبَبِ التِّجَارَةِ، وَالْمُفَاوَضَةُ تَضَمَّنَتِ الْكَفَالَةَ وَصَارَتْ كَالطَّعَامِ وَالْكُسْوَةِ، وَاللهُ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ.

غاية البيان

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ[1] مُخَالِفٌ مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ)، إشارةٌ إلى قولِه: (جَرْيًا عَلَى مُقْتَضَى الشَّرِكَةِ).

قولُه: (بِخِلَافِ الطَّعَامِ وَالْكِسْوَةِ) يَتَّصِلُ بقولِه: (وَلَهُ: أَنَّ الْجَارِيَةَ دَخَلَتْ فِي الشَّرِكَةِ).

قولُه: (فَيَقَعُ الْمِلْكُ لَهُ [خَاصَّةً][2])، أي: للمُشْتَرِي، وإنما رجَعَ الضميرُ إليه وإن لَمْ يُذْكَرْ لظهورِ فهْمِه؛ لأن الشهرةَ قائمةٌ مقامَ الذِّكْرِ.

قولُه: (وَفِي مَسْأَلَتِنَا)، أي: فيما إذا اشترى أحدُ المُفاوِضَيْن الجاريةَ للوطءِ بإذْنِ الآخَرِ، وهذه المسألةُ مذكورةٌ في كتابِ القضاءِ في «**الجامع الصغير**»[3]، وذكَرَها في «**المبسوط**»[4] في «كتابِ الشَّرِكَةِ».

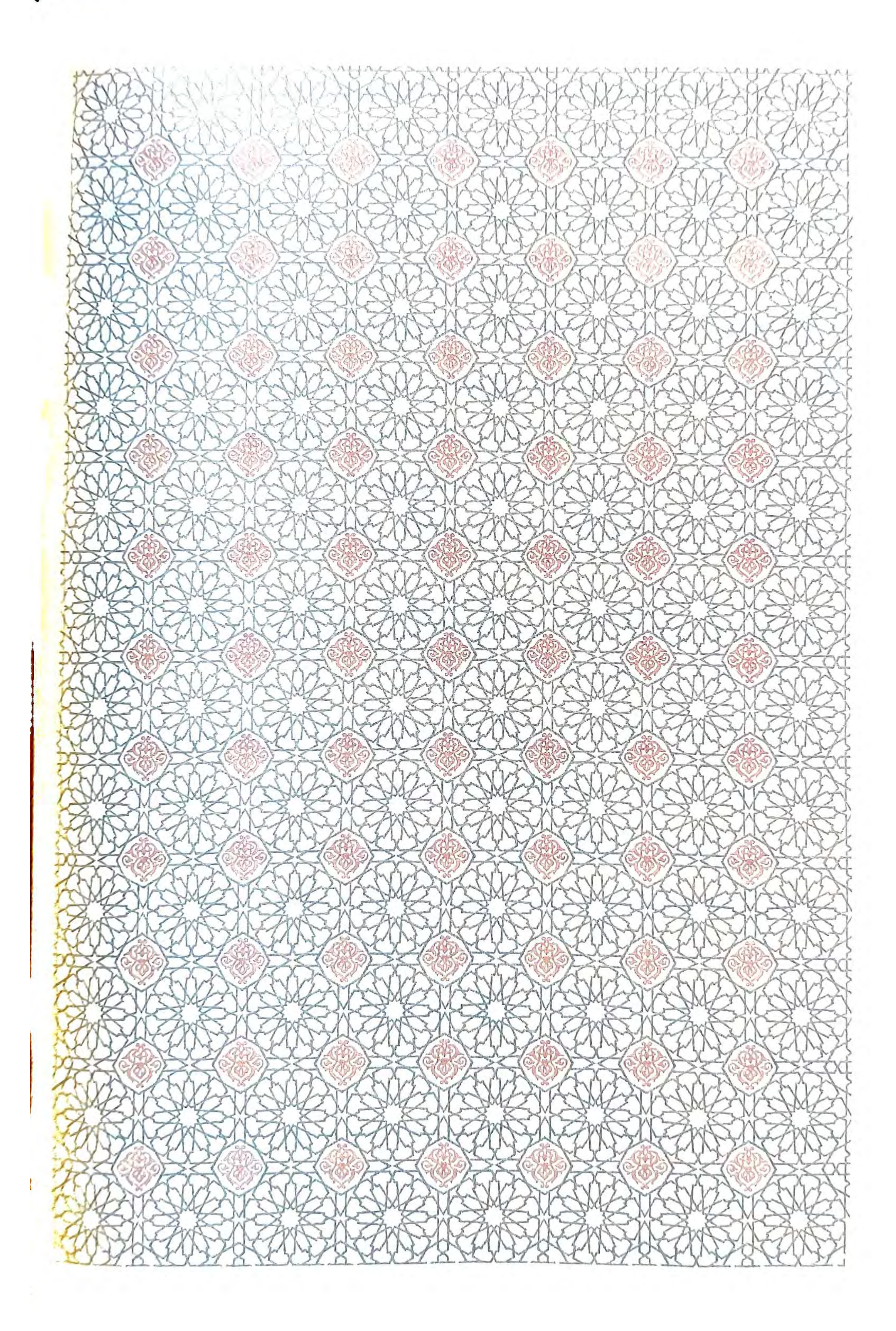
والله ﷻ أعلم.

(١) وقع بالأصل: «أن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٠٤].

(٤) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٤/ ١٠٥/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].





كِتَابُ الوَقْفِ

مناسبةُ الوَقْفِ بالشَّرِكَةِ: مِن حيثُ إن الانتفاعَ في كلٍّ واحدٍ منهما بالفاضلِ علىٰ أصلِ المالِ؛ لأنَّ المَقْصُودَ مِن الشَّرِكَةِ: تحصيلُ الرِّبْحِ، وهو زائدٌ علىٰ رأسِ المالِ؛ كالرِّيعِ في العَقارِ زائدٌ عليه.

والأصلُ في جوازِ الوَقْفِ: ما رُوِيَ في «**الجامع التِّرمِذِيِّ**»: مُسْنَدًا إلىٰ ابْنِ عَوْنٍ، عَنْ نَافِعٍ، عَنِ ابْنِ عُمرَ قَالَ: «أَصَابَ عُمَرُ أَرْضًا بِخَيْبَرَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، أَصَبْتُ مَالًا بِخَيْبَرَ لَمْ أُصِبْ مَالًا قَطُّ أَنْفَسَ عِنْدِي مِنْهُ، فَمَا تَأْمُرُنِي؟ قَالَ: «**إِنْ شِئْتَ حَبَسْتَ أَصْلَهَا وَتَصَدَّقْتَ بِهَا**» فَتَصَدَّقَ بِهَا عُمرُ أَنَّهَا لا يُبَاعُ أَصْلُهَا، وَلا يُوهَبُ، وَلا يُورَثُ، تَصَدَّقَ بِهَا فِي الفُقَرَاءِ، وَالقُرْبَىٰ، وَالرِّقَابِ، وَفِي سَبِيلِ اللهِ، وَالضَّيْفِ، لا جُنَاحَ عَلَىٰ مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالمَعْرُوفِ، أَوْ يُطْعِمَ صَدِيقًا غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ[1] فِيهِ، قَالَ: فَذُكِرَ[2] لِمُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ فَقَالَ: غَيْرَ مُتَأَثِّلٍ[3] مَالًا»[4].

---

(١) أي: غير متخِذٍ منها مَالًا. أي: مِلْكًا. والمراد: أنه لا يَتَمَلَّكُ شيئًا مِن رقابها. ينظر: «فتح الباري» لابن حجر [٥/٤٠١].

(٢) عند الترمذي: «فَذَكَرْتُهُ».

(٣) أي: غير جَامِعٍ. يُقال مَالٌ مُؤَثَّل، ومَجْدٌ مُؤَثَّل. أي: مجموع ذُو أصل. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [١/٢٣/مادة: أثل].

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب الوصايا/ باب الوقف كيف يكتب [رقم/ ٢٦٢٠]، ومسلم في كتاب الوصية/ باب الوقف [رقم/ ١٦٣٢]، وأبو داود في كتاب الوصايا/ باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف [رقم/ ٢٨٧٨]، والترمذي في كتاب الأحكام/ باب في الوقف [رقم/ ١٣٧٥]، وغيرهم من طريق: ابن عون عن نافع عن ابن عُمر ﵄ به نحوه. وهذا لفْظ الترمذي.
قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

. . . .

ورَوَىٰ **التِّرمِذيُّ** أيضًا: بإسنادِه إلىٰ أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «**إذَا مَاتَ الإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَنْهُ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ ثَلَاثٍ: صَدَقَةٌ جَارِيَةٌ، وَعِلْمٌ يُنْتَفَعُ بِهِ، وَوَلَدٌ صَالِحٌ يَدْعُو لَهُ**»[1].

وحدَّثَ **محمدُ بنُ الحسنِ** في «**الأصل**»: «أَخْبَرَنَا صَخْرُ ابْنُ جُوَيْرِيَةَ، عَنْ نَافِعٍ مَوْلَىٰ عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ: أَنَّ عُمرَ بْنَ الخَطَّابِ رضي الله عنه كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ تُدْعَىٰ: ثَمْغَ[2] قَالَ: وَكَانَ نَخْلًا نَفِيسًا، قَالَ: فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنِّي اسْتَفَدْتُ مَالًا، وَهُوَ عِنْدِي نَفِيسٌ، أَفَأَتَصَدَّقُ بِهِ؟ فقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**تَصَدَّقْ** [٥/٣٢و/م] **بِأَصْلِهِ، لَا يُبَاعُ، وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ، وَلَكِنْ لِتُنْفِقَ ثَمَرَتَهُ**» قَالَ: فَتَصَدَّقَ عُمرُ فِي سَبِيلِ اللهِ [٢/٤٠و]، وَفِي الرِّقَابِ، وَللضَّيْفِ، وَلِلْمَسَاكِينِ، وَابْنِ السَّبِيلِ، وَلِذِي القُرْبَىٰ، وَلَا جُنَاحَ عَلَىٰ مَنْ وَلِيَهُ أَنْ يَأْكُلَ بِالْمَعْرُوفِ، أَوْ يُؤْكِلَ صَدِيقًا لَهُ غَيْرَ مُتَمَوِّلٍ فِيهِ»[3].

---

(١) أخرجه: مسلم في «صحيحه» في كتاب الوصية/ باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته [رقم/ ١٦٣١]، وأبو داود في كتاب الوصايا/ باب فيما جاء في الصدقة عن الميت [رقم/ ٢٨٨٠]، والترمذي في كتاب الأحكام/ باب في الوقف [رقم/ ١٣٧٦]، وغيرهم من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه به نحوه. وهذا لفظ الترمذي.
قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(٢) كذا وقع بالنُّسَخ: «ثَمْغ». والجادة: «ثَمْغًا». لكن سيذْكر المؤلفُ قريبًا أن هذا اللفظ قد أُثْبِتَ في كُتُب غرائب الحديث المصحَّحة عند الثقات مُنَوَّنًا وغير مُنَوَّن، كما في لَفْظ: «دَعْدٍ» وأشباهه. وسيأتي تعليقنا عليه هناك إن شاء الله.
وثَمْغ ـ بفتح الثاء وسكون الميم ـ: قيل: هو موضع تلْقاء المدينة، وقيل: بالقُرْب مِن خيْبر، كان فيه مالٌ لعُمَر بن الخطاب رضي الله عنه. ينظر: «معجم البلدان» لياقوت الحموي [٢/٨٤ ـ ٨٥]، و«المعالم الأثيرة في السُّنة والسيرة» لمحمد شُرَّاب [ص/ ٧٨].

(٣) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٢/٩٦/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]، من طريق: صخر ابن جويرية عن نافع مولىٰ عبد الله بن عُمَر: أن عُمَر بن الخطاب رضي الله عنه به. وظاهرُه الإرسال.

=

....

قال محمدٌ ﷺ: «فبهذا نأخُذُ إذا تصَدَّق به في حياتِه وصحَّتِه: كان ذلك مِن جميعِ مالِه، وإذا تصَدَّق به في مرضِه: كان ذلك مِن ثُلُثِه، فأَمَّا أبو حَنِيفَةَ: فكان لا يُجِيزُ ذلك، إلا أن يَجْعَلَهُ وَصِيَّةً بعدَ موتِه»(١).

وذكَر الْقُتَبِيُّ في حديثِ عُمرَ: أنه قال في وصيَّتِه: «إنْ تُوفِّيتُ وفي يَدِي صِرْمَةُ ابنِ الأَكْوَعِ؛ فسُنَّتُها سُنَّةُ ثَمْغٍ(٢)»(٣).

قال(٤): «الصِّرْمَةُ هنا: قطعةٌ مِن النَّخْلِ، ويُقَالُ للقِطْعةِ مِن الإبلِ أيضًا: صِرْمَةٌ؛ إذا كانت خفيفةً».

قال الْقُتَبِيُّ: «وثَمْغٌ: مالٌ لعُمرَ كان وقَفَه»(٥).

ثم اعلَمْ: أنَّا نُبَيِّنُ تفسيرَ الوَقْفِ لغةً وشريعةً، ثم رُكْنَه، ثم شَرْطَ جوَازِه، ثم حُكْمَه.

أَمَّا تفسيرُه لغةً: فنَقُولُ: الوَقْفُ الحَبْسُ، مِن قولِهم: وقفْتُ الدابَّةَ؛ إذا منعتَه مِن السَّيْرِ.

= **والحديثُ مِن هذا الطريق**: عند البخاري في كتاب الوصايا/ باب وما للوصي أن يعمل في مال اليتيم وما يأكل منه بقدر عمالته [رقم/ ٢٦١٣]، ولكن موصولاً عن صخر ابن جويرية عن نافع عن ابن عُمَر ﵄: أن عُمَر بن الخطاب ﵁ به.

وقد مضىٰ تخريجه قريبًا عند الشيخَيْن من طريق: عبد الله بن عون عن نافع عن ابن عُمَر به موصولاً.

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩٦/١٢/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) **ثَمْغٌ**: مال كان لعمرَ ﵁ كما تقدم التعريف بذلك. والمعنىٰ هنا: أن سَبِيلَها سبيل هذا المال. وينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٢٦/٣/مادة: صرم].

(٣) علَّقه: ابنُ قتيبة في «غريب الحديث» [٦٠٨/١]. عن الزيَادِيّ عَن الأَصْمَعِيّ: أن عُمَر ﵁ به.

(٤) أي: ابن قتيبة.

(٥) ينظر: «غريب الحديث» لابن قتيبة [٦٠٨/١].

....

قال صاحبُ «الجمهرة»: «الوَقْفُ: مصدرُ وَقَفْتُ الدابَّةَ أَقِفُهُ وَقْفًا، وكذلك كلُّ شيءٍ حَبَسْتَه، وهذا أحدُ ما جاء على: فَعَلْتُهُ ففَعَل»[١].

وقال ابنُ الجِنِّي في «شرح المتنبِّي»: «أخبرني أبو عَلِيٍّ الفارِسِيُّ عن أبي بكرٍ عن أبي العبَّاسِ عن أبي عُثْمَانَ الْمَازِنِيِّ قال: يُقَالُ: وقفْتُ دارِي وأرْضي، ولا يُعْرَفُ: «أوقفْتُ» مِن كلامِ العربِ»[٢].

وفي عُرْفِ الشرعِ: يُرَادُ به حبسٌ مخصوصٌ، وهو حَبْسُ العَيْنِ عن النقلِ من مِلْكٍ إلى مِلْكٍ، لا كلُّ حَبْسٍ.

وأمَّا رُكْنُه[٣] ـ وهو ما لا قيامَ للشيءِ إلا به ـ: ففيه اختلافٌ.

قال أبو يوسفَ رحمه الله: الوَقْفُ يُوجَدُ ويَتِمُّ بمجرَّدِ قولِه: وقفْتُ أرضي [هذه][٤] أوْ دارِي هذه.

وقال محمدٌ وهِلَالُ الرَّأْيِ[٥]: إن الوَقْفَ لا يَتِمُّ بهذا القدرِ ما لَمْ يَقُلْ: جعلْتُها صدقةً موقوفةً، أوْ موقوفةً على المَسَاكِينِ[٦].

---

(١) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٢/٩٦٧ ـ ٩٦٨].

(٢) ينظر: «الفَسْر في شرْح ديوان المتنبِّي» لابن جني [٣/٦٦٠].

(٣) في تفسير رُكْن الوقف نظَر؛ لأن مِن حق الكلام أنْ يقول: وهو ما لا قيام للوقف إلا به، كما قال صاحب: «المحيط» فيه: «وأمَّا رُكنُه: فما يوجَد الوقفُ به». كذا جاء في حاشية: «م»، و«غ».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) هِلَالُ الرَّأْيِ: هو هلال بن يحيى بن مسلم البصْرِيّ: أحد أعيان الحنفية، مِن أهل البصرة. لُقِّب بالرأي، لسعة عِلْمه وكثرة أخْذه بالقياس. وكان مِن أوائل مَن صنَّف في عِلْم الشروط والسجلات. له كتاب في «الشروط»، وكتاب «أحكام الوقف». (توفي سنة: ٢٤٥ هـ). ينظر: «الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [٢/٢٠٧]. و«تاريخ الإسلام» للذهبي [٥/٧٢١].

(٦) ينظر: «أحكام الوقف» لهِلَال الرَّأْي [ص/ ٤].

....

وقال الْخَصَّافُ[(١)] **وأهلُ البَصْرَةِ**: أن الوَقْفَ لا يَتِمُّ بقولِه: جعلْتُ أرضي أوْ داري صدقةً موقوفةً ؛ ما لَمْ يَقُلْ: على المَساكِينِ ؛ لأن جوازَ الوَقْفِ مُعَلَّقٌ بالتأبيدِ ، إلا أنَّ ذِكْرَ الفقراءِ ذِكْرٌ للتأبيدِ ؛ لأنهم لا يَنْقَطِعُونَ أبدًا.

وَجهُ قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ وهِلَالِ الرَّأْيِ [٥/٣٢ظ/م]: أن التأبيدَ كما يَثْبُتُ بذِكْرِ الفقراءِ ؛ ـ لأنهم لا يَنْقَطِعُونَ ـ يَثْبُتُ بذِكْرِ الصدقةِ أيضًا ؛ لأنه لا يَحتَمِلُ الفَسْخَ ، هذا حاصلُ ما قالَه شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**» ، ولكنْ أبو يوسفَ جَعَل ذِكْرَ الوَقْفِ ذِكْرًا للتأبيدِ.

وأمَّا شرطُ جوازِه: فعلى قولِ أبي حَنِيفَةَ وزُفَرَ: [أن][(٢)] يَكُونَ مُوصًى به ، حتَّى لو لَمْ يُوصِ به ؛ لا يَصِحُّ ، ويَبْقَى على مِلْكِه ، يَجُوزُ له بيْعُه ، ويُورَثُ عنه ، إلا أنْ يُجِيزَ الوَرَثَةُ فيَصِيرَ جائزًا ، ويتأبَّدُ الوَقْفُ ، كذا قال شمسُ الأئمَّةِ الحَلْوَانِيُّ في «**محيطه**».

وقال أبو يوسفَ ومحمَّدٍ والشَّافعيُّ[(٣)] رَحِمَهُم الله تعالى: بأن الإضافةَ إلى ما بعدَ الموتِ ليس بشرْطٍ لصحَّةِ الوَقْفِ حتَّى يُمْنَعَ مِن بَيْعِه ، ولا يُورَثُ متى مات.

قال شيخُ الإسلامِ في «مبسوطه»: وحاصلُ الخلافِ يَرْجِعُ إلى [أن][(٤)] تقديرَ الوَقْفِ ماذا؟

قال أبو حَنِيفَةَ: تقديرُ الوَقْفِ أن يَقُولَ: حبسْتُ العَيْنَ على مِلْكي ، وتصدَّقْتُ

---

(١) ينظر: «أحكام الأوقاف» للخصَّاف [ص/ ٣١ ـ ٣٢].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ» ، و«ك».

(٣) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٣٤٢/٥] و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٢٥٥/٤] و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٢٨٢/٦].

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ».

. . . .

بثمرتِه علىٰ المسَاكِينِ، فلا يَصِحُّ إذا كانتِ الثَّمَرَةُ مَعْدُومَةً، إلا بطريقِ الوَصِيَّةِ، كما لو نصَّ علىٰ ذلك.

وعلىٰ قولِهم: تقديرُ الوَقْفِ كأنه يَقُولَ: أزلْتُ العَيْنَ عن مِلْكِي إلىٰ الله ﷻ، وجعلْتُه محبوسًا في مِلْكِه ومنفَعَتِه للعبادِ، وإذا كان تقديرُ الوَقْفِ [٢/٤٠ظ] هذا عندَهُم؛ صحَّ، وإنْ لَمْ يَكُنْ مُوصًىٰ به، كما في المسجدِ.

وَجهُ قولِهم: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ عمرَ رضي الله عنه بِالوَقْفِ[1]، ولَمْ يَأْمُرْ بالإضافةِ إلىٰ ما بعدَ الموتِ، ولأن الوَاقِفَ[2] ذكَرَ الصدقةَ والوَقْفَ، والأوَّلُ: يُوجِبُ الزوالَ، والثاني: يَمْنَعُ الزوالَ، فجعلْنَا العَيْنَ زائلًا إلىٰ اللهِ تعالىٰ محبوسًا في مِلْكِه ﷻ علىٰ وَجْهٍ لا تَكُونُ عيْنُه للفقيرِ؛ عملًا بالأمريْنِ جميعًا.

وَوَجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: ما حدَّثَ الطَّحاويُّ في «**شرح الآثار**» بإسنادِه إلىٰ عِكْرِمَةَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ، قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ بَعْدَمَا أُنْزِلَتْ سُورَةُ النِّسَاءِ، وَأُنْزِلَ فِيهَا الْفَرَائِضُ: نَهَىٰ عَنِ الحَبْسِ»[3].

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) وقع بالأصل: «الوقف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ك».

(٣) أخرجه: العقيلي في «الضعفاء» [٣٩٧/٣]، ومِن طريقه: ابن حزم في «المحلىٰ» [١٥٢/٨]، والدارقطني في «سننه» [٦٨/٤]، ومن طريقه: البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٦٢/٦]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٩٦/٤]، وغيرهم من طريق: عبد الله بن لَهِيعَةَ عن أَخِيه عِيسَىٰ بن لَهِيعَةَ عن عِكْرِمَةَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه به. وهذا لفْظ الطحاوي، ولفظُه عند العقيلي والدارقطني: «سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ بَعْدَمَا أُنْزِلَتْ سُورَةُ النِّسَاءِ وَفَرَضَ فِيهَا الْفَرَائِضَ: **لا حَبْسَ بَعْدَ سُورَةِ النِّسَاءِ**». وليس عند العقيلي قوله: «وَفَرَضَ فِيهَا الْفَرَائِضَ».

قال الدارقطني: «لَمْ يُسْنِده غيرُ ابن لهيعة عن أخيه، وهما ضعيفان».

وقال البيهقي: «وهذا اللفظ (أي: لفْظ الحديث) إنما يُعْرَف مِن قول شُرَيْح القاضي».

وقال ابن حزم: «هذا حديث موضوع، وابن لَهِيعَةَ لا خير فيه، وأخوه مثله. وبيان وضعه: أن سورة=

....

غاية البيان

وقال في «المبسوط»[(١)]: «عن عِكْرِمَةَ عن ابنِ عَبَّاسٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أنه قال: «لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللهِ تَعَالَىٰ بَعْدَ سُورَةِ النِّسَاءِ»[(٢)].

والوَقْفُ: حَبْسٌ عن فرائضِ اللهِ تعالىٰ، فيَكُونُ باطلًا؛ عمَلًا بظاهرِ الحديثِ.

واحتجَّ أبو حَنِيفَةَ أيضًا [٥/٣٣و/م]: بما رُوِيَ عن شُرَيْحٍ أنه قال: «جَاءَ مُحَمَّدٌ بِبَيْعِ الْحُبُسِ»[(٣)]، وفي رواية: ....

= النساء أو بعضها نَزَلَتْ بعد أُحُدٍ ـ يعني: آية المواريث ـ وحَبَس الصَّحابَةُ بِعِلْمِ رسول الله ﷺ بعد خَيْبَر، وبعد نُزُول المواريث في سورة النساء. وهذا أمر مُتَوَاتِر جِيلًا بعد جِيلٍ. ولو صَحَّ هذا الخَبَرُ؛ لكان مَنْسُوخًا بِاتِّصَالِ الحَبْس بِعِلْمِهِ ﷺ إلىٰ أن مات».

وقال العيني: «قال أحمد بن صالح المعروف بابن الطبري: «هذا حديث صحيح». وبه أقول، وكفَىٰ به شهيدًا، ولو لَمْ تَثْبُت عنده صحةُ هذا الحديث، ووضوحُ طريقه، وسلامة إسناده مِن الكَدَر؛ لَمَا حَكَم فيه بالصحة». ينظر: «المحلىٰ» لابن حزم [١٥٢/٨]، و«نخب الأفكار» للعيني [٤٠٢/١٤]، بتصرف يسير.

(١) ينظر: «المبسوط» للسَّرْخَسِيّ [٢٩/١٢].

(٢) أخرجه: الدارقطني في «سننه» [٦٨/٤]، ومن طريقه: البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٦٢/٦]، من طريق: عبد الله بن لَهِيعَةَ عن أَخِي عِيسَىٰ بن لَهِيعَةَ عن عِكْرِمَةَ عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما به، دون قوله: «بَعْدَ سُورَةِ النِّسَاءِ».

قال ابنُ أبي العز: «أخرجه الدارقطني مِن حديث ابن عباس، وفي سنده ابنُ لهيعة وأخوه عيسىٰ، وهما ضعيفان».

وقال ابن حجر: «[أخرجه] الدارقطنيُّ مِن حديث ابن عباس بإسناد ضعيف». ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [٤٧٦/٣]، و«التنبيه علىٰ مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٣٢٩/٤]، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [١٤٥/٢].

(٣) أخرجه: ابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/ ٢٠٩٣١]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٦٣/٦]، ومحمد بن الحسن في «الحجة علىٰ أهل المدينة» [٥٩/٢ ـ ٦٠]، والخلال في «الوقوف والترجُّل/ من الجامع لمسائل الإمام أحمد بن حنبل» [ص/ ١٩]، مِن طريق: مِسْعَرٍ، عَنْ أَبِي عَوْنٍ، عَنْ شُرَيْحٍ رحمه الله به. ولفظ ابن أبي شيبة والبيهقي: «جَاءَ مُحَمَّدٌ بِمَنْعِ الْحُبُسِ».

قال ابنُ حجر: «إسناده إليه صحيح». ينظر: «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [١٤٥/٢].

. . . .

«بِبَيْعِ الْحَبِيسِ»[(١)].

قال شيخُ الإسلام خُوَاهَرْ زَادَه: والحَبِيسُ: ما كانوا يَفْعَلُونَهُ في الابتداءِ قبلَ سورةِ النساءِ، كانوا يحْبِسُون العَيْنَ على مِلْكِهِم، ويَتَصَدَّقُون بِالغَلَّةِ، ويَرَوْن بيْعَ الأصلِ ممتَنِعًا لمكانِ الصدقةِ بِالغَلَّةِ، فجاء محمَّدٌ ﷺ ونسَخَ هذا، وجَوَّز بَيْعَه.

والمعنى في المسألةِ: أن هذا تَصَدُّقٌ بِالغَلَّةِ المَعْدُومَةِ، لا بالعينِ، فلا يَمْتَنِعُ للبيعِ ولا للإِرْثِ إذا لَمْ يَكُنْ مُوصًى به؛ قياسًا على ما لو قال: تَصَدَّقْتُ بِغَلَّةِ هذه الأرضِ على الفقراءِ والمسَاكِينِ أبدًا.

وإنما قلنا ذلك: لأنه ذكَر ما يُوجِبُ الزوالَ، وما يَمْنَعُ الزوالَ، فعَمِلْنا بالصدقةِ في حقِّ الثَّمَرَةِ، وبلَفْظِ الوَقْفِ في حقِّ العَيْنِ، فجَعَلْنا العَيْنَ محبوسًا على مِلْكِه، وجعلناه مُتصدِّقًا بالثَّمَرَةِ المَعْدُومَةِ؛ عمَلًا باللفظَيْنِ بقَدْرِ الإمكانِ، وإذا صار تقديرُ الوَقْفِ هكذا؛ [اعْتُبِرَ بما لو نُصَّ، ولو نُصَّ هكذا][(٢)] لا يَصِحُّ ما لَمْ يَكُنْ مُوصًى به، فكذا هذا.

وأمَّا تعلُّقهم بحديثِ عمرَ فنَقُولُ: ذاك يَشْهَدُ لنا؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أمَر بحَبْسِ الأصلِ مطلقًا، ومُطْلَقُ الحَبْسِ يَقْتَضِي أن يَكُونَ باقيًا على مِلْكِه مِن كلِّ وَجْهٍ، والأمرُ بحَبْسِ العَيْنِ على مِلْكِه من كلِّ وَجْهٍ، وتَسبيلُ الثَّمَرَةِ[(٣)] المَعْدُومَةِ لا يَصِحُّ؛ إلا أن يَكُونَ مضافًا إلى ما بعدَ الموتِ.

والجوابُ عن قياسِهم على المسجدِ فنَقُولُ: ثَمَّةَ لَمْ يُوجَدْ ما يَمْنَعُ الزوالَ عن

---

(١) أخرجه: محمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٤٧/٥/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] عن أبي يوسف عن مسعر بن كدام عن أبي عَوْن عن شُرَيْح ﷺ بهذا اللفظ.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «والتسبيلُ بالثَّمَرَة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

. . . .

مِلْكِه، فزال العَيْنُ عن مِلْكِه مِن كلِّ وَجْهٍ، بخلافِ ما نحن فيه؛ فإن لَفْظَ الوَقْفِ يَمْنَعُ الزوالَ.

وأمَّا حُكْمُ الوَقْفِ متىٰ صحَّ الوَقْفُ: ففيه اختلافٌ.

قال أبو حَنِيفَةَ: حُكْمُه حَبْسُ العَيْنِ علىٰ مِلْكِه، والتصدُّقُ بالثَّمَرَةِ المَعْدُومَةِ، وهذا مشروعٌ، كما لو قال: تَصَدَّقْ بثمرةِ أَرْضِي علىٰ الفقراءِ بعدَ موتي، وذلك لأن حُكْمَ الشيءِ ما يَثْبُتُ بالشيءِ، والذي يَثْبُتُ بِالوَقْفِ عندَ أبي حَنِيفَةَ هذا، فلا تَزُولُ العَيْنُ عن مِلْكِ الوَاقِفِ إلا بحُكْمِ الحاكمِ، أوْ بالتعليقِ بالموتِ؛ لأن الوَقْفَ عندَه حَبْسُ العَيْنِ علىٰ مِلْكِ الواقفِ[1]، علىٰ وَجْهٍ لا يَقْبَلُ [٥/٣٣ظ/م] النقلَ والتصدُّقَ [بِالغَلَّةِ][2] المَعْدُومةِ، ولا يَصِحُّ التصدُّقُ [بِالغَلَّةِ][3] المَعْدُومةِ إلا بطريقِ الوَصِيَّةِ، فكذا ما كان في معناه، وإذا حكَم به حاكمٌ؛ فقد صادَف حُكْمُه محلَّ الاجتهادِ، فيَنْفُذُ.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ ـ وهو أحدُ قولي الشَّافعيِّ[4] ـ: حُكْمُه أنْ تَزُولَ [٢/٤١و] العَيْنُ عن مِلْكِه إلىٰ اللهِ تعالىٰ، ويَصِيرُ محبوسًا في مِلْكِه، ولا تَصِيرُ العَيْنُ للموقوفِ عليه، إنما له الغَلَّةُ لا غيرَ[5].

قال الشَّافعيُّ رضي الله عنه في [قولٍ][6]: حُكْمُهُ أن تَصِيرَ العَيْنُ مِلْكًا للموقوفِ عليه،

(١) وقع بالأصل: «الوقف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) ما بين المعقوفتين: في «م»: «بالسلعة».

(٣) ما بين المعقوفتين: في «م»: «بالسلعة».

(٤) وهذا هو المذهب المنصوص عند الشافعية. ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٥٢٥/٧]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» لأبي إسحاق الشيرازي [ص/١٣٦]. و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٢٤٣/٤].

(٥) ينظر: «الاختيار» [٤١/٣].

(٦) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: لَا يَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنِ الْوَقْفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ، أَوْ يُعَلِّقَهُ بِمَوْتِهِ فَيَقُولَ: إِذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَفْتُ دَارِي عَلَى كَذَا. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: يَزُولُ الْمِلْكُ بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: لَا يَزُولُ حَتَّى يَجْعَلَ لِلْوَقْفِ وَلِيًّا، وَيُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ.

غاية البيان

إلا أنه لا يَبيعُ ولا يَهَبُ، حتى قال: لو كان أرضًا[1]؛ كان الخَراجُ عليه، ولو كان فيه عبدٌ؛ كان صدقةُ الفِطرِ على الموقوفِ عليه.

وهذا ضعيفٌ؛ لأنَّا لا نَجِدُ موضِعًا تَصيرُ العَيْنُ فيه مِلْكًا للفقيرِ، ثم لا يَجوزُ بيعُه، فوقَع كلامًا بلا أصْلٍ.

قولُه: (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله: لَا يَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنِ الْوَقْفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ، أَوْ يُعَلِّقَهُ بِمَوْتِهِ فَيَقُولَ: إِذَا مِتُّ فَقَدْ وَقَفْتُ دَارِي عَلَى كَذَا.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَزُولُ الْمِلْكُ بِمُجَرَّدِ الْقَوْلِ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَزُولُ حَتَّى يَجْعَلَ لِلْوَقْفِ وَلِيًّا، وَيُسَلِّمَهُ إِلَيْهِ)[2]. هذا لفظُ القُدُوريِّ في «مختصره»[3].

قال الإمامُ الأَسْبِيجابيُّ في «شرح الطَّحاويِّ»[4]: «الوَقْفُ عندَ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله

---

(١) وقع بالأصل: «كان أيضًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) قال في «التصحيح»: أن الفتوى على قولهما في جواز الوقف. عن «الفتاوى الصغرى» و«الحقائق» و«التتمة» و«العيون» و«مختارات النوازل» و«الخلاصة» و«منية المفتي» وغيرها. ثم قال: ثم إن مشايخ بلخ اختاروا قول أبي يوسف، ومشايخ بخارى اختاروا قول محمد. وقد صح كلا الترجيح وأفتى به طائفة ممن يعول على تصحيحهم وإفتائهم. ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/ ٢٢٠]. «المحيط البرهاني» [٦/ ١١١]. «تبيين الحقائق» [٣/ ٣٢٥]. «الجوهرة النيرة» [١/ ٣٣٣]. «التصحيح والترجيح» [ص/ ٢٩١]. «درر الحكام» [٢/ ١٣٢]. «مجمع الأنهر» [١/ ٧٣١]. «البحر الرائق» [٥/ ٢١١]. «لسان الحكام» [١/ ٢٩٣]. «اللباب في شرح الكتاب» [٢/ ١٨٠].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٧].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجابي [ق/ ٢٩٣].

قَالَ ﷺ: الْوَقْفُ لُغَةً. هُوَ الْحَبْسُ؛ تَقُولُ: وَقَفْتُ الدَّابَّةَ وَأَوْقَفْتُهَا بِمَعْنًى. وَهُوَ فِي الشَّرْعِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ: حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَىٰ مِلْكِ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ بِمَنْزِلَةِ الْعَارِيَةِ.

غاية البيان

علىٰ ثلاثةِ أوْجُهٍ:

في وَجْهٍ: لا يَجُوزُ، وهذا ما إذا وَقَفَ دارَه أو أرْضَه في صحَّتِه، فلا يَجُوزُ وإنِ اشترَط التأبيدَ وسلَّم إلىٰ المُتولِّي، ويَجُوزُ بَيْعُه، ويَكُونُ ميراثًا عن الوَاقِفِ.

وفي وَجهٍ: يَجُوزُ، وهذا إذا وقفَه في حالِ حياتِه، وجعَلَه وَصِيَّةً بعدَ وفاتِه، فإنه يَجُوزُ مِن ثُلُثِ مالِه.

وفي وَجهٍ: لا يَجُوزُ في **ظاهرِ الروايةِ**، وهو إذا وَقَفَ في مرضِ موتِه، فهو كالوقفِ في حالِ صحَّتِه.

ورَوَىٰ الطَّحَاويُّ عن أبي حَنِيفَةَ: أنه يَجُوزُ في هذا كلِّه، كالوصيَّةِ بعدَ وفاتِه، وهذا كلُّه عندَ أبي حَنِيفَةَ.

وعندَ صاحِبَيْهِ: الوَقْفُ جائزٌ في حالِ صحَّتِه أوْ مرضِه، إلا أنهما اختلَفا فيما بينَهُما.

قال أبو يوسفَ: يَجُوزُ مُشاعًا كان أوْ مقسومًا، سلَّمه إلىٰ المُتَولِّي أو لَمْ يُسَلِّمْه، شرَطَ التأبيدَ أوْ لَمْ يَشْتَرِطْ.

وقال محمدٌ: لا يَجُوزُ إلا باستجماعِ شرائِطِه، وشرائطُه ثلاثةٌ: أن يَكُونَ مقسومًا مُخْرَجًا مِن يدِه، مُسلَّمًا إلىٰ المُتَولِّي، وأنْ [٥/٣٤و/م] يُشرط فيه التأبيدُ - وهو أنْ يُجْعَلَ آخِرُه إلىٰ سبيلِ خيرٍ، لا يَنْقَطِعُ أبدًا - فيَجُوزُ»[1] إلىٰ هنا لفْظُ الإمامِ الأَسْبِيْجَابيِّ.

وَجهُ قولِ محمَّدٍ رحمه الله: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال لعُمَرَ رضي الله عنه في نخْلٍ له أراد أن يَتَقَرَّبَ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ٢٩٣].

. . . .

بصدقَتِه إلىٰ اللهِ تعالىٰ: «حَبِّسِ الأَصْلَ، وسَبِّلِ الثَّمَرَةَ[1]»[2]، ذكَره في «الفائق»[3].

وقال خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه» - بعدما ذكَر الحديثَ -: «فتصدَّق بها عمرُ، وجعلَها في يدَيْ حَفْصَةَ، فدلَّ أن التسليمَ شرْطٌ».

وقال أيضًا فيه: رُوِيَ عن مُعَاذِ بنِ جَبَلٍ وابنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما أنهما قالا: لا تَجُوزُ الصدقةُ إلا مقبوضةً، بلا تفصيلٍ بينَ الصدقةِ المُنَفَّذَةِ والموقوفَةِ.

والمعنىٰ فيه: أن ما يَثْبُتُ للهِ مِن الحقِّ في رقبةِ الموقوفِ، فإنما يَثْبُتُ ضِمْنًا لحَقِّ العبادِ، فيَكُونُ القبضُ شرطًا لصحَّتِه؛ قياسًا علىٰ الصدقةِ المُنَفَّذَةِ، بل أَوْلَىٰ؛ لأنَّ المُنَفَّذَةَ متفقٌ عليه، وهذا مختَلَفٌ في جوازِه، فلَمَّا كان القبضُ شرطًا؛ اشْتُرِطَ كونُه مقسومًا؛ لأن القبضَ لا يَتَحَقَّقُ في المُشَاعِ الذي يَنْقَسِمُ، وكذا التأبيدُ شرْطٌ في الوَقْفِ؛ لأنه لو وَقَّتَهُ؛ لا يَصِحُّ بالإجماعِ.

ووجهُ قولِ أبي يوسفَ: أَنَّ النَّبِيَّ عليه السلام أَمَرَ عُمَرَ بِالوَقْفِ[4]، ولَمْ يَأْمُرْهُ بالتسليمِ إلىٰ المُتَوَلِّي.

فَعُلِمَ: أن التسليمَ ليس بشرْطٍ.

والفقهُ في المسألةِ: أن الوَقْفَ تَبَرُّعٌ مشروعٌ لإبطالِ مِلْكِ [٢/٤١ظ] الواقفِ عن

(١) أي: اجْعَلْه وقْفًا حَبِيسًا. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٣٢٩/١/مادة: حبس].

(٢) أخرجه: الشافعي في «مسنده» [رقم/ ١٤٦٣]، ومن طريقه: البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٦٢/٦]، والنسائي في «سننه» في كتاب الأحباس/ باب حبس المُشَاع [رقم/ ٣٦٠٤]، وغيرهم مِن طريق: نافع عن ابن عُمَر عن عُمَر رضي الله عنه به نحوه.

قال ابنُ الملقن: «حديث صحيح». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٩٩/٧].

قلنا: وأصل الحديث في «الصحيحين»، وقد مضىٰ تخريجُه.

(٣) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٢٥٣/١].

(٤) وقع بالأصل: «بالوقوف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

....

غاية البيان

العَيْنِ، لا التمليكِ، فيَصِحُّ مِن غيرِ قَبْضٍ، كالإعتاقِ، فيَتِمُّ بالقبولِ، ولا يُشْتَرطُ التأبيدُ، وكونُه مقسومًا، والتسليمُ إلىٰ المُتولِّي.

بيانُ ذلك: أن التمليكَ مِن اللهِ تعالىٰ، لا يَتحَقَّقُ مِن جهَتِنا مقصودًا؛ لأن ما في الدنيا مِلْكُ اللهِ تعالىٰ علىٰ الحقيقةِ، وإنما لنا فيه مِلْكُ التصَرُّفِ لا غيرَ، ولا يُتصَوَّرُ التمليكُ مِن مالكِ التصَرُّفِ لمالكِ الرقبةِ، كما لا يُتصَوَّرُ من المُكَاتَبِ تمليكُ رقبَتِه[1] مِن المولىٰ، وإنما له إبطالُ ما ثبَتَ له مِن مِلْكِ التصَرُّفِ في نفْسِه بفَسْخِ الكِتَابةِ، حتىٰ يَعُودَ إلىٰ مِلْكِ المولىٰ.

فكذلك ههنا [يَبْطُلُ][2] بِالوَقْفِ[3] ما للوَاقفِ مِن مِلْكِ التصَرُّفِ، ولا يَصِيرُ مُمَلَّكًا رقبةَ الموقوفِ مِن اللهِ تعالىٰ، والإبطالُ يَصِحُّ مِن غيرِ قبْضٍ[4]، بخلافِ الصدقةِ المُنَفَّذَةِ؛ فإنها تمليكٌ مِن الفقيرِ؛ بدليلِ أنه يَجُوزُ بَيْعُها وهِبَتُها، فإذا كانت تمليكًا مِن الفقيرِ [٥/٣٤ظ/م] قصْدًا؛ كانت تمليكًا مِن اللهِ تعالىٰ ضِمْنًا، فاشْتُرِطَ القبْضُ.

وَوَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ في عدمِ جوازِ الوَقْفِ ـ وهو المذكورُ في «**الأصل**»[5] ـ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «**لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللهِ تَعَالَىٰ بَعْدَ سُورَةِ النِّسَاءِ**»[6]، والوَقْفُ: حَبْسٌ، فلا يَجُوزُ.

وَرُوِيَ عن شُرَيْحٍ أنه قال: «جَاءَ مُحَمَّدٌ بِبَيْعِ الحَبْسِ»[7] وبيانُه مَرَّ عندَ بيانِ

---

(١) وقع بالأصل: «رقبة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٣) وقع بالأصل: «للوقف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٤) وقع بالأصل: «من غيره، غير قبض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٥) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٣٩٥/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٦) مضىٰ تخريجه.

(٧) مضىٰ تخريجه.

. . . .

شَرْطِ جوازِ الوَقْفِ.

ولأن الوَقْفَ تصَدُّقٌ بِالغَلَّةِ، [وهو لا يَسْتَدْعِي زوالَ أصلِ المِلْكِ، ولأنَّ الوَقْفَ تَصَدُّقٌ بِالغَلَّةِ][1] دائمًا، ولا يُمْكِنُ التصَدُّقُ بها هكذا، إلا إذا بقِيَ أصلُ الموقوفِ علىٰ مِلْكِه، ولأنه لا يَجُوزُ زوالُ المِلْكِ لا إلىٰ مالكٍ كما في السَّائِبَةِ، فلَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عن الأصلِ.

بخلافِ الإعتاقِ؛ فإنه إتلافٌ، والوَقْفُ تَبَرُّعٌ بالمِلْكِ معَ بقاءِ المملوكِ، فافتَرَقا، وبخلافِ المسجدِ؛ فإن فيه لَمْ يُوجَدْ ما يَمْنَعُ الزوالَ عن المِلْكِ، بل جعَله خالصًا للهِ تعالىٰ، والوَقْفُ يَمْنَعُ الزوالَ، فافتَرقا؛ ولأن الوَقْفَ لو صحَّ لا بُدَّ مِن مُراعاةِ شرائطِ الوَقْفِ، فلو كان يَزُولُ المِلْكُ بِالوَقْفِ؛ لَمْ يَكُنْ لمراعَاتِها فائدةٌ.

وقيل: إن الوَقْفَ جائزٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ، لكنه ليس بلازِمٍ، حتىٰ تَجُوزَ إعادتُه إلىٰ يدِه، ولو قضَىٰ القاضي بلزومِه؛ يَلْزَمُ بالإجماعِ؛ لأنه مُجْتَهَدٌ فيه.

وعندَهما: لازمٌ علىٰ كلِّ حالٍ، وهو قولُ الشَّافعيِّ، وقولُ زُفرَ مِثْلُ قولِ أبي حَنِيفَةَ.

قال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «قال الإمامُ السَّرَخْسِيُّ: ظَنَّ بعضُ أصحابِنا أن الوَقْفَ غيرُ جائزٍ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وإليه[2] يُشِيرُ في ظاهرِ الروايةِ، لكنَّ مُرادَهُ: أنْ لا يُجْعَلَ لازمًا، أمَّا أصلُ الجوازِ: فثابتٌ عندَه، ولو أوْصَىٰ به بعدَ وفاتِه؛ يَكُونُ لازمًا»[3].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

(٢) وقع بالأصل: «وليه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «خلاصة الفتاوىٰ» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق٤٢٤/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٣٩٠] مخطوط فيض الله.

. . . .

وذَكَر **محمد** رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «**السِّيَر الكبير**»[1]: أن الوَقْفَ إذا أُضِيفَ إلىٰ ما بعدَ الموتِ؛ فهو باطلٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْه - وهو الصحيحُ، وأكثرُ أصحابِنا أخذوا بقولِهما، ثم إنَّ أبا يوسفَ في قولِه الأوَّلِ ضيَّقَ غايةَ التضْيِيقِ، كما هو قولُ أبي حَنِيفَةَ، وفي قولِه الآخرِ: وسَّعَ غايةَ التوسعةِ، ومحمدٌ توسَّطَ بينَهُما، ولهذا[2] أخَذ عامَّةُ المشايخِ بقولِه» كذا في «**الخلاصة**».

وقال أيضًا فيها: «والوجهُ الثاني للزومِ الوَقْفِ عندَ أبي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْه -: أنْ يُخْرِجَهُ مَخْرَجَ الوَصِيَّةِ فيَقُولُ [٥/٣٥و/م]: أَوْصَيْتُ بِغَلَّةِ داري هذه، أوْ بِغَلَّةِ أرضِي هذه، أوْ يَقُولُ: جعلْتُ هذه الدارَ وقْفًا، فتصدَّقُوا [بِغَلَّتِها علىٰ المساكِينِ][3]، وكذا لو أوصَىٰ بأنْ يُوقَفَ؛ يَجُوزُ مِن الثلثِ في قولِهم».

وقال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «رَجُلٌ قال: أرضي هذه صدقةٌ، أوْ قال: جعلْتُ أرضي هذه صدقةً؛ كان هذا [٢/٤٢و] نذْرًا بالتصدُّقِ، حتَّىٰ لو تصَدَّقَ بعَيْنِها علىٰ الفقراءِ، [أوْ بقيمَتِها][4] جاز، ولو لَمْ يذْكُرِ الصدقةَ، وذَكَر الوَقْفَ؛ بأنْ قال: أرضي هذه موقوفةٌ، أوْ قال: أرضي هذه وَقْفٌ، أوْ قال: جعلْتُ أرضي هذه موقوفةً، أوْ قال: جعلْتُ أرضي هذه وقْفًا؛ فإن هذا يَكُونُ وقْفًا علىٰ الفقراءِ في قولِ أبي يوسفَ

---

(١) ينظر: «السِّيَر الْكَبِير/ مع شرْح السرخسي» لمحمد بن الحسن [٥/٢٦٧].

(٢) وقع بالأصل: «وهذا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «خلاصة الفتاوىٰ» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق٤٢٤/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «خلاصة الفتاوىٰ» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق٤٢٤/ب/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوَىٰ الْوَلْوَالِجيَّة».

ثُمَّ قِيلَ: الْمَنْفَعَةُ مَعْدُومَةٌ، فَالتَّصَدُّقُ بِالْمَعْدُومِ لَا يَصِحُّ، فَلَا يَجُوزُ الْوَقْفُ أَصْلًا عِنْدَهُ، وَهُوَ الْمَلْفُوظُ فِي: «الْأَصْلِ».

وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ جَائِزٌ عِنْدَهُ إِلَّا أَنَّهُ غَيْرُ لَازِمٍ بِمَنْزِلَةِ الْعَارِيَةِ، وَعِنْدَهُمَا حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَىٰ حُكْمِ مِلْكِ اللهِ تَعَالَىٰ فَيَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنْهُ إِلَىٰ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَىٰ وَجْهٍ تَعُودُ مَنْفَعَتُهُ إِلَىٰ الْعِبَادِ فَيَلْزَمُ وَلَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ. وَاللَّفْظُ يَنْتَظِمُهَا وَالتَّرْجِيحُ بِالدَّلِيلِ. لَهُمَا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِعُمَرَ رضي الله عنه حِينَ أَرَادَ أَنْ يَتَصَدَّقَ

غاية البيان

خاصَّةً، وكان مشايخُ بلْخَ يُفْتُونَ بقولِ أبي يوسفَ، ومشايخُ بُخَارَىٰ أيضًا يُفْتُون بقولِه؛ لمكانِ العُرْفِ»[1] إلىٰ هنا لفْظُه رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ.

قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «مبسوطه»: «قد قال مشايخُنا: إنَّ محمدًا أكثرَ الطعنَ في أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ في هذا الكتابِ؛ أي: «كتاب الوَقْف» فلَمْ يُبارَكْ له ذلك، حتىٰ لَمْ يُمْكِنْهُ أن يُفَرِّعَ عليه فروعًا كثيرةً، كما أمكَن غيرَه، وكما أمكَنَه ذلك في سائرِ الكتابِ».

قولُه: (وَهُوَ الْمَلْفُوظُ في «الْأَصْلِ»)، أي: المذكورِ في «**المبسوط**»، والضميرُ راجع إلىٰ مدلولِ قولِه: **(فَلَا يَجُوزُ الْوَقْفُ)** وهو عدمُ جوازِ الوَقْفِ.

قولُه: (وَاللَّفْظُ يَنْتَظِمُهَا[2])، أي: الوَقْفُ يتناوَلُ ما قال أبو حَنِيفَةَ، وهو حَبْسُ العَيْنِ علىٰ مِلْكِ الوَقْفِ، ويَتَنَاوَلُ ما قال صاحِباه، وهو حَبْسُ العَيْنِ علىٰ مِلْكِ اللهِ تعالىٰ.

قولُه: (وَالتَّرْجِيحُ بِالدَّلِيلِ)، أي: ترجيحُ أحدِ المذهَبَيْن علىٰ الآخرِ بالدليلِ، فشَرَع بعدَ ذلك في بيانِ الدليلِ.

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣/١٠١ ـ ١٠٢].

(٢) وقع بالأصل: «واللفظ بلفظهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ك».

بِأَرْضٍ لَهُ تُدْعَىٰ: ثَمْغَ: «تَصَدَّقْ بِأَصْلِهَا؛ لَا يُبَاعُ وَلَا يُورَثُ وَلَا يُوهَبُ»؛ وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ مَاسَّةٌ إِلَىٰ أَنْ يَلْزَمَ الْوَقْفُ مِنْهُ لِيَصِلَ ثَوَابُهُ إِلَيْهِ عَلَىٰ الدَّوَامِ، وَقَدْ أَمْكَنَ دَفْعُ حَاجَتِهِ بِإِسْقَاطِ الْمِلْكِ وَجَعَلَهُ لِلَّهِ تَعَالَىٰ. إِذْ لَهُ نَظِيرٌ فِي الشَّرْعِ وَهُوَ الْمَسْجِدُ فَيُجْعَلُ كَذَلِكَ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله قَوْلُهُ عليه السلام: «لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللهِ تَعَالَىٰ» [٢٤٣/ظ] وَعَنْ شُرَيْحٍ رحمه الله: جَاءَ مُحَمَّدٌ ﷺ بِبَيْعِ الْحَبِيسِ؛ وَلِأَنَّ الْمِلْكَ بَاقٍ فِيهِ

غاية البيان

قولُه: (تُدْعَىٰ ثَمْغَ)، هي - بفَتْحِ الثاءِ وسكونِ الميمِ[1] وبالغينِ المعجمةِ - أرضٌ لعُمرَ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْه - وقَفَها، وقد وقَع سماعُنا هنا بلا تنوينٍ، وقد أُثْبِتَ في كُتُبِ غرائبِ الحديثِ المصحَّحةِ عندَ الثقاتِ مُنَوَّنًا وغيرَ[2] مُنَوَّنٍ، كما في دَعْدٍ[3].

قولُه: (لَهُ نَظِيرٌ فِي الشَّرْعِ)، أي: لإسقاطِ المِلْكِ، وجَعْلِه للهِ تعالىٰ مِن غيرِ أن يَدْخُلَ في مِلْكِ أحدٍ، وذلك النظيرُ: هو المسجدُ.

قولُه: (وَعَنْ شُرَيْحٍ: جَاءَ مُحَمَّدٌ ﷺ بِبَيْعِ الْحَبِيسِ)، أي: الموقوفِ، وقد أسلَفْنا تفسيرَه عن شيخِ الإسلامِ قَبْلَ هذا.

وَجهُ الاستدلالِ [٥/٣٥ظ/م] **به:** أن الوَقْفَ لو كان لازمًا؛ لَمْ يَجُزْ بَيْعُه.

وشُرَيْحُ بنُ الحارثِ القاضِي الكوفِيُّ: كان من كبارِ التابعين بالكوفةِ، عاش مئةً وعشرين سَنَةً، كذا قال الْقُتَبِيُّ[4]، ومات سَنَةَ اثنين وثمانين، كذا قال

---

(١) وقع بالأصل: «وسكون الجيم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «أوْ غير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) وقع بالأصل: «كما وعد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

ومراد المؤلف هنا: أنه يجوز الصَّرفُ في هذا اللفظ وترْكُه؛ كأمثاله مِن كل ثُلاثِيِّ ساكن الوسط غير أعجميّ، ولا مُذَكَّر الأصل، مثْل: هند، ودَعْد، وغيرهما. وينظر: «اللمحة في شرْح المُلْحة» لابن الصائغ [٧٥٩/٢]. و«إرشاد السالك إلىٰ حَلّ ألفية ابن مالك» للبرهان ابن قيم الجوزية [٧٥٠/٢].

(٤) ينظر: «المعارف» لابن قتيبة [ص/ ٤٣٣].

بِدَلِيلِ أَنَّهُ يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ زِرَاعَةً وَسُكْنَىٰ وَغَيْرَ ذَلِكَ، والْمِلْكُ فِيهِ لِلْوَاقِفِ؛ أَلَّا تَرَىٰ أَنَّ لَهُ وِلَايَةَ التَّصَرُّفِ فِيهِ بِصَرْفِ غَلَّاتِهَا إِلَىٰ مَصَارِفِهَا وَنَصْبِ الْقُوَّامِ فِيهَا إِلَّا أَنَّهُ يَتَصَدَّقُ بِمَنَافِعِهِ، فَصَارَ شَبِيهُ الْعَارِيَةِ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَىٰ التَّصَدُّقِ بِالْغَلَّةِ دَائِمًا وَلَا تَصَدُّقَ عَنْهُ إِلَّا بِالْبَقَاءِ عَلَىٰ مِلْكِهِ، وَلِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ أَنْ يُزَالَ مِلْكُهُ، لَا إِلَىٰ مَالِكٍ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَشْرُوعٍ مَعَ بَقَائِهِ كَالسَّائِبَةِ.

الْمَدَائِنِيُّ[1]، واستقضاه عُمَرُ رضي الله عنه علىٰ الكُوفَةِ، ولَمْ يَزَلْ بعدَ ذلك قاضِيًا خمسًا وسبعين سَنَةً، لَمْ يَتَعَطَّلْ فيها إلا ثلاثَ سنينَ امتنَع فيها مِن القضاءِ في فِتْنَةِ ابنِ الزُّبَيْرِ، واستَعْفَىٰ شُرَيْحٌ الْحَجَّاجَ مِن القضاءِ فأعفاه، فلَمْ يقْضِ بين اثنين حتَّىٰ مات، كذا قال الْقُتَبِيُّ[2]، وقيل: مات سنةَ تسعٍ وسبعينَ، وقيل: سنةَ ثمانين.

قولُه: (كَالسَّائِبَةِ) قال الله تعالىٰ: ﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٍ وَلَا سَآئِبَةٍ وَلَا وَصِيلَةٍ وَلَا حَامٍ﴾ [المائدة: ١٠٣].

قال في «الكشاف»: «كان أهلُ الجاهليَّةِ إذا نُتِجَتِ الناقةُ خمسةَ أَبْطُنٍ، آخِرُها ذكَرٌ[3]؛ بَحَرُوا أُذُنَهَا؛ أي: شقُّوها[4]، وحَرَّموا ركوبَها، ولا تُطْرَدْ عن ماءٍ ولا مَرْعَىٰ، وإذا لَقِيَها المُعْيَىٰ لَمْ يركَبها، واسمُها: البَحِيرَةُ، وكان يَقُولُ الرَّجُلُ: إذا

(١) الْمَدَائِنِيُّ: هو عليّ بن محمد بن عبد الله، أبو الحسن المدائِنيّ، العلامة المؤرخ الأخباري، صاحب التصانيف، وكان عجبًا في معرفة السِّيَر والمَغازِي والأنساب وأيام العرب، مُصدَّقًا فيما ينْقُله، عالِي الإسناد. مِن تصانيفه الكثيرة: «أمهات النبي ﷺ»، و«أخبار المنافقين»، و«عهود النبي ﷺ»، و«التاريخ»، وغيرها. (توفي سنة: ٢٢٥هـ). ينظر: «سير أعلام النبلاء» للذهبي [١٠/٤٠٠-٤٠١]. و«المنتظم» لابن الجوزي [١١/٩٤].

(٢) ينظر: «المعارف» لابن قتيبة [ص/ ٤٣٣].

(٣) وقع بالأصل: «آخرها ذكرها ذكر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في «الكشاف».

(٤) وقع بالأصل: «شقها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في «الكشاف».

بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ إِتْلَافٌ، وَبِخِلَافِ الْمَسْجِدِ؛ لِأَنَّهُ جُعِلَ خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَىٰ؛ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ الِانْتِفَاعُ بِهِ، وَهَاهُنَا لَمْ يَنْقَطِعْ حَقُّ الْعَبْدِ عَنْهُ فَلَمْ يَصِرْ خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَىٰ.

قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: قَالَ فِي الْكِتَابِ: لَا يَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ أَوْ يُعَلِّقَهُ بِمَوْتِهِ، وَهَذَا فِي حُكْمِ الْحَاكِمِ صَحِيحٌ؛ لِأَنَّهُ قَضَاءٌ فِي الْمُجْتَهَدِ فِيهِ، وَأَمَّا فِي تَعْلِيقِهِ بِالْمَوْتِ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَزُولُ مِلْكُهُ إِلَّا أَنَّهُ تَصَدَّقَ بِمَنَافِعِهِ مُؤَبَّدًا؛ فَيَصِيرُ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بِالْمَنَافِعِ مُؤَبَّدًا فَيَلْزَمُ.

غاية البيان

قدِمْتُ مِن سفَرِي، أَوْ بَرِئْتُ مِن مرضِي؛ فناقتي سَائِبةٌ، وجعَلها[1] كالبَحِيرةِ [في][2] تحريمِ الانتفاعِ بها.

وقيل: كان الرَّجُل إذا أَعتَق عبدًا قال: هو سَائِبَةٌ، فلا عَقْلَ بينَهُما ولا مِيرَاثَ، وإذا ولدَتِ الشاةُ أُنثىٰ فهي لهم، وإذا ولدَتْ ذكرًا؛ فهو لآلِهَتِهم، فإنْ ولدَتْ ذكرًا وأُنثىٰ؛ قالوا: وصلَتْ أخاها، فلَمْ يذْبَحُوا الذَّكَر لآلهتِهم، وإذا [٢/٤٢ظ] نُتِجَتْ مِن صُلْبِ الفَحْلِ عشرةُ أَبْطُنٍ؛ قالوا: قد حَمَىٰ ظَهْرَه، فلا يُرْكَبُ، ولا يُحْمَلُ عليه، ولا يُمْنَعُ مِن ماءٍ ولا مَرْعًىٰ»[3].

قولُه: (قَالَ فِي «الْكِتَابِ»)، أي: في «مختصر القُدُورِيِّ».

قولُه: (وَأَمَّا [في][4] تَعْلِيقِهِ بِالْمَوْتِ؛ فَالصَّحِيحُ: أَنَّهُ[5] لَا يَزُولُ مِلْكُهُ)،

---

(١) وقع بالأصل: «واجعلها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في «الكشاف».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في «الكشاف».

(٣) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [١/٦٨٤ - ٦٨٥].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٥) وقع بالأصل: «أن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَالْمُرَادُ بِالْحَاكِمِ الْمَوْلَى ، فَأَمَّا الْمُحَكَّمُ فَفِيهِ اخْتِلَافُ الْمَشَايِخِ .

يعني: اختَلف المشايخُ فيه على قولِ أبي حَنِيفَةَ ، قيلَ: يَزُولُ المِلْكُ بالتعليقِ بالموتِ ، وقيل: لا يَزُولُ ، **وهو الصحيحُ** ، لكنه يَلْزَمُ ؛ لأنه بمعنى الوَصِيَّةِ بالمنافعِ مؤبَّدًا.

قولُه: (وَالْمُرَادُ بِالْحَاكِمِ: الْمُوَلَّى) ، **أي**: المرادُ مِن الحاكمِ المذكورِ في قولِ القُدُورِيِّ: «إلا أن يحكُمَ به الحاكمُ»(١) . هو المُوَلَّى ، وهو الذي ولَّاه السُّلْطَانُ عمَلَ القضاءِ.

وأمَّا المُحَكَّمُ: وهو الذي جُعِلَ حكَمًا ، ففيه اختلافُ المشايخِ.

قال في كتابِ القضاءِ في «خلاصة الفتاوى»: «وأمَّا [حُكْمُ](٢) الحَكَمِ في اليمينِ المضافةِ [٥/٣٦و/م] وسائرِ المُجْتَهدَاتِ: فالأصحُّ أنه يَنْفُذُ ، ولكن لا يُفْتَى به. كذا ذَكَر في الأقضيةِ»(٣).

وقال في «الفتاوى الصغرى»: «الحاكمُ المُحَكَّمُ إذا قضَى على المُحَكِّمين: فظاهرُ الجوابِ أنه يَنْفُذُ ، وجوابُ فتاوى أهلِ سَمَرْقَنْدَ: أنه لا يَنْفُذُ ؛ زجرًا لهم عن ذلك ، وإني أقولُ: لا يحِلُّ لأحدٍ أن يَفْعَلَ ذلك ، يَعْنِي: في الطلاقِ المضافِ(٤) ، ولا أزِيدُ على هذا.

وحُكِيَ عن شمسِ الأئمَّةِ الحلْوَانِيِّ أنه قال: مسألةُ الحاكمِ المُحَكَّمِ: يُعْلَمُ ولا يُفْتَى به ، وكان [يقولُ](٥) ظاهرُ المذهبِ: أنه يَجُوزُ ، إلا أن القاضيَ الإمامَ الأستاذَ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٧].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ».

(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/ ٣٩٠].

(٤) هذه الجملة الاعتراضية مِن إنشاء المؤلف. كما يظهر مِن: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق٢١٢/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(٥) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوى الصغرى»=

وَلَوْ وَقَفَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ، قَالَ الطَّحَاوِيُّ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بِالمَنَافِعِ بَعْدَ الْمَوْتِ.

وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَعِنْدَهُمَا: يَلْزَمُهُ، إِلَّا أَنَّهُ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ وَالْوَقْفُ فِي الصِّحَّةِ مِنْ جَمِيعِ الْمَالِ، وَإِذَا كَانَ الْمِلْكُ يَزُولُ عِنْدَهُمَا يَزُولُ بِالْقَوْلِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ بِمَنْزِلَةِ الإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطُ

غاية البيان

أبا عَلِيٍّ النَّسَفِيَّ[1] كان يَقُولُ: يُكْتَمُ هذا الفصلُ ولا يُفْتَىٰ به، كَيْلَا يَتطَرَّقَ الجُهَّالُ إلىٰ ذلك، فيُؤَدِّي إلىٰ هَدْمِ مذهبِنا، فأَمَّا المذهبُ: فهو الأَوَّلُ» إلىٰ هنا لَفْظُ كتابِ «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**»[2].

قولُه: (وَلَوْ وَقَفَ فِي مَرَضِ مَوْتِهِ، قَالَ الطَّحَاوِيُّ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيَّةِ بِالمَنَافِعِ بَعْدَ الْمَوْتِ)، **يعني:** يَلْزَمُ الوَقْفُ حينئذٍ علىٰ مذهبِ أبي حَنِيفَةَ، بخلافِ الوَقْفِ في الصحَّةِ، فإنه لا يَلْزَمُ عندَه.

ثم قال الطَّحَاوِيُّ في «**مختصره**»: «وقد رَوَىٰ محمدٌ عن أبي حَنِيفَةَ: أن ذلك لا يَجُوزَ منه في[3] مرضِه، كما لا يَجُوزُ في صحَّتِه»، ثم قال: «وهو الصحيحُ علىٰ أصولِه»[4].

قولُه: (يَزُولُ بِالْقَوْلِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ)، **أي:** يَزُولُ المِلْكُ عن الوَاقِفِ بمجرَّدِ قولِه: وقفْتُ عندَه.

= للصدر الشهيد [ق٢١٢/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(١) أبو عَلِيٍّ النَّسَفِيُّ: أستاذ شمس الأئمة الحَلْوَانِيِّ. كذا جاء في حاشية: «غ».

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ٢٨١].

(٣) وقع بالأصل: «فيه في». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الطحاوي».

(٤) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ١٣٧].

الْمِلْكِ. وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ: لَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُتَوَلِّي؛ لِأَنَّهُ حَقُّ اللهِ تَعَالَى، وَإِنَّمَا يَثْبُتُ فِيهِ فِي ضِمْنِ التَّسْلِيمِ إِلَى الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنَ اللهِ تَعَالَى وَهُوَ مَالِكُ الْأَشْيَاءِ لَا يَتَحَقَّقُ مَقْصُودًا، وَقَدْ يَكُونُ تَبَعًا لِغَيْرِهِ؛ فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الزَّكَاةِ.

قَالَ: وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ عَلَى اخْتِلَافِهِمْ، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: «وَإِذَا اُسْتُحِقَّ» مَكَانَ قَوْلِهِ: «إِذَا صَحَّ، خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ وَلَمْ ....

غاية البيان

وأمَّا عندَ محمدٍ: فزوالُه بشرائطَ ثلاثةٍ ذكَرْناها قبْلَ هذا مِن كونِه مقسومًا مسلمًا مُؤبَّدًا.

قولُه: (وَقَدْ يَكُونُ تَبَعًا لِغَيْرِهِ؛ فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ)، أي: يَثْبُتُ التمليكُ مِن اللهِ تعالى [ضِمْنًا للتمليكِ مِن غيرِ اللهِ تعالى][1]، وإنْ كان لا يَثْبُتُ التمليكُ مِن اللهِ تعالى قصْدًا؛ لِمَا عُرِف في قولِ الفقهاءِ: كَمْ مِن شيءٍ يَثْبُتُ ضِمْنًا، ولا يَثْبُتُ قصْدًا، فيأخُذُ التمليكُ مِن اللهِ تعالى حُكْمَ التمليكِ مِن غيرِه، حتى يُشْتَرطَ فيه التسليمُ والقبضُ.

قولُه: (فَيَنْزِلُ مَنْزِلَةَ الزَّكَاةِ)، يعني: يَنْزِلُ التمليكُ مِن اللهِ تعالى في الوَقْفِ - في ضَمنِ التسليمِ إلى العبدِ - منزلةَ تمليكِ المالِ مِن اللهِ تعالى في الزكاةِ، حيثُ يَتَحقَّقُ التمليكُ منه تعالى في ضِمْنِ التسليمِ إلى الفقيرِ.

قولُه: ([قَالَ:][2] [٥/٣٦ظ/م] وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ عَلَى اخْتِلَافِهِمْ، وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: «وَإِذَا اُسْتُحِقَّ»[3] مَكَانَ قَوْلِهِ: «إِذَا صَحَّ»[4]، خَرَجَ مِنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ وَلَمْ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٣) وهو المُثْبَت في «مختصر القُدُورِيّ» [ق ١٠٣/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي محمد عاصم بك - تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٠)].

(٤) وهو المُثْبَت في المطبوع مِن: «مختصر القُدُورِيّ»، وكذا في جملة مِن النُّسَخ الخَطِّيّة، منها:=

يَدْخُلْ فِي مِلْكِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ دَخَلَ فِي مِلْكِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ لَا يَتَوَقَّفُ عَلَيْهِ بَلْ يَنْفُذُ بَيْعُهُ كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَهُ لِمَا انْتَقَلَ عَنْهُ بِشَرْطِ الْمَالِكِ الْأَوَّلِ كَسَائِرِ أَمْلَاكِهِ. قَالَ رضي الله عنه: ....

غاية البيان

يَدْخُلْ فِي مِلْكِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «**مختصره**»: «وإذا صحَّ الوَقْفُ علىٰ اختلافِهم»[1]، أي: علىٰ اختلافِ العلماءِ في صحَّتِه، حيثُ لا يَصِحُّ عندَ أبي حَنِيفَةَ علىٰ روايةِ «**الأصل**»[2]، خلافًا لصاحبَيْه، خرَج الموقوفُ مِن مِلْكِ الوَاقِفِ علىٰ قولِهما، لكن لا يَدْخُلُ في مِلْكِ الموقوفِ عليه؛ خلافًا لِمَا قال في «**وجيزهم**» بقولِه: «وإنْ وقَفَ علىٰ مُعَيَّنٍ؛ فهو مِلْكٌ[3] للموقوفِ عليه»[4] وذلك ضعيفٌ؛ لأنه لو [٢/٤٣و] دخَل في مِلْكِ الموقوفِ عليه لنَفَذَ بَيْعُهُ، كما في سائرِ أملاكِه.

فَعُلِمَ: أنه لَمْ يَدْخُلْ في مِلْكِه، ولأنه لو دخَل في مِلْكِه وزالَ مِلْكُ الوَاقِفِ؛ لَمْ يَنْتَقِلْ عن الموقوفِ عليه بعْدَه إلىٰ غيرِه مِن الفقراءِ؛ رعايةً لشرْطِ الوَاقِفِ، أَلَا تَرَىٰ أن الوَاقِفَ لو شرَط في غيرِ الموقوفِ ـ مِن سائرِ أملاكِ الموقوفِ عليه ـ أنْ يَنتقِلَ عن الموقوفِ عليه إلىٰ غيرِه؛ لا يَصِحُّ، وهنا فيما نحن فيه يَصِحُّ، فلو كان مِلْكُه زائلًا إلىٰ الموقوفِ عليه؛ لَمْ يَصِحَّ شرْطُه؛ لأنه لا أثرَ لشَرْطِه في مِلْكِ غيرِه.

= [ق٥٩/ب/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٧٧٦)]، و[ق٧٢/ب/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٥)]. و[ق٤٨/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٥٢)].

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٧].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩٦/١٢/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) في «الوجيز»: «ولو وقَف علىٰ مُعيَّن فهو مِلْك (و)..». ويعني بـ: (و): الرمزَ به إلىٰ وجْهٍ أو قوْلٍ بعيد مُخَرَّج لأصحاب الشافعي، كما نصَّ علىٰ ذلك في المقدمة. ينظر: «الوجيز/ مع شرح الرافعي» للغزالي [٥/١].

(٤) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٢٨٢/٦].

وَقَوْلُهُ: «خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ»: يَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُمَا عَلَىٰ الوَجْهِ الَّذِي سَبَقَ تَقْرِيرُهُ.

قَالَ: وَوَقْفُ الْمُشَاعِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ....

غاية البيان

قال صاحبُ «الهداية»: (وَقَوْلُهُ: «خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ»: يَجِبُ أَنْ يَكُونَ قَوْلُهُمَا عَلَىٰ الوَجْهِ الَّذِي سَبَقَ تَقْرِيرُهُ)، يعني: أن الوقفَ[1] عندَهما حَبْسُ العَيْنِ على مِلْكِ اللهِ تعالىٰ، ويَزُولُ مِلْكُ الوَاقِفِ عنه إلىٰ اللهِ تعالىٰ، فلَمَّا زال مِلْكُ الوَاقِفِ عندَهما وجَبَ أنْ يَكُونَ قولُه: (خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ) قولَهما، بخلافِ قولِ أبي حَنِيفَةَ؛ فإن الوَقْفَ عندَه حَبْسُ العَيْنِ علىٰ مِلْكِ الوَاقِفِ، والتصدُّقُ بالمنفعةِ، فإذا كان العَيْنُ محبوسًا علىٰ مِلْكِ الوَاقِفِ؛ لا يَصِحُّ قولُه: (خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الْوَاقِفِ) علىٰ مذهبِه، وهذا ظاهرٌ.

وقولُ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى [في بعض نُسَخِ][2] «المختصر[3]»: «اسْتُحِقَّ» أي: ثبَتَ الوَقْفُ.

قولُه: (قَالَ: وَوَقْفُ الْمُشَاعِ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ)[4]، أي: قال القُدُورِيُّ

---

(١) وقع بالأصل: «الْوَاقِف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) وقع بالأصل: «مختصره». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٤) قال في «اللباب» [٢/١٨١]: وأكثر المشايخ أخذوا بقول محمد، وفي «الفتح» عن «المنية»: الفتوىٰ علىٰ قول أبي يوسف، وفيه عن «المبسوط»: وكان القاضي أبو عاصم يقول: قول أبي يوسف من حيث المعنىٰ أقوىٰ، إلا أن قول محمد أقرب إلىٰ موافقة الآثار، أهـ. ولما كثر المصحح من الطرفين، وكان قول أبي يوسف فيه ترغيب للناس في الوقف وهو جهة بر أطبق المتأخرون من أهل المذهب علىٰ أن القاضي الحنفي والمقلد بخير بين أن يحكم بصحته وبطلانه، وإذا كان الأكثر علىٰ ترجيح قول محمد، وبأيها حكم صح حكمه، ونفذ، فلا يسوغ له ولا لقاض غيره أن يحكم بخلافه كما صرح به غير واحد. ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/٢٢٠]، «المحيط البرهاني» [٦/١١٤]، «الاختيار» [٣/٤٢]، «تبيين الحقائق» [٥/١٢٢]، «الجوهرة النيرة» [١/٣٣٤]، «البحر الرائق»=

....

رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَىٰ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «وقال محمدٌ: لا يَجُوزُ، والشَّافعيُّ أخَذَ بقولِ أبي يوسفَ»(١).

قال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه» «وَقْفُ المُشَاعِ صحيحٌ [٥/٣٧و/م] عندَ أبي يوسفَ، غيرُ صحيحٍ عندَ محمدٍ».

ثم قال: «ومشايخُ بلْخَ أخذوا بقولِ أبي يوسفَ، ومشايخُ بُخَارَىٰ أخذُوا بقولِ محمَّدٍ» ثم قال: «وبه يُفْتَىٰ».

ثم قال: «وإذا رُفِع إلىٰ القاضي، فقضَىٰ بجوازِه؛ جاز عندَ الكلِّ؛ لأنه مختلَفٌ فيه، فيَصِيرُ مُتَّفقًا عليه باتِّصالِ القضاءِ»(٢).

وقال في «خلاصة الفتاوىٰ»: ولو وَقَفَ نصفُ الحَمَّامِ جاز، يعني: بلا خلافٍ بينَ أبي يوسفَ ومحمدٍ؛ لأنه مُشَاعٌ، لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، فصار كهبةِ المُشَاعِ فيما لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ»(٣).

ثم اختلافُهُما في وَقْفِ المُشَاعِ: بناءً علىٰ أن القبضَ هل هو شرْطٌ لصحَّةِ الوَقْفِ أمْ لا؟

فعندَ أبي يوسفَ: ليس بشرْطٍ خلافًا لمحمَّدٍ، فلَمَّا كان كذلك؛ قال محمَّدٌ: لا يَصِحُّ معَ الشُّيُوعِ فيما يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ؛ لعدمِ تحقُّقِ القبضِ معَ الشُّيُوعِ إلا بانضمامِ غيرِه إليه، وليس ذلك بموقوفٍ.

= [٥/٢١٢]، «مجمع الأنهر» [١/٧٣٥].

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٧].

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣/١٠٦].

(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٣٩٠].

....

غاية البيان

بخلافِ ما لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، حيثُ اكتُفِيَ فيه بالقبضِ القاصِرِ؛ لأنه [لا] يُمْكِنُ غيرُ ذلك، فجازَ مع الشُّيُوعِ، كما في هِبَةِ المُشَاعِ فيما لا يحتَمِلُ القِسْمَةَ. وكما في الصدقةِ المُنَفَّذَةِ، وهي التي سُلِّمَتْ إلى الفقيرِ، وجُعِلَتْ مملوكةً له. وثَمَّةَ لا يَمْنَعُ الشُّيُوعَ، فكذا في الصدقةِ الموقوفةِ، وهي التي لَمْ يَمْلِكْها الموقوفُ عليه، إلا أنه تُصُدِّقَ عليه بمنفعتِها.

وقال أبو يوسفَ: يَصِحُّ الوَقْفُ مع الشُّيُوعِ فيما يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ وفيما لا يَحْتَمِلُها؛ لأنَّ القبضَ عندَه ليس بشرطٍ، فلَمْ يكُنْ كونُه مُفْرَزًا شرطًا لصحةِ الوَقْفِ.

والتحقيقُ في كونِ القبضِ شرطًا أم لا: مَرَّ بيانُه عندَ قولِه: (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ لَا يَزُولُ مِلْكُ الْوَاقِفِ عَنِ الْوَقْفِ إِلَّا أَنْ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ) ثم جَعْلُ الأرضِ مسجدًا أو مقبرةً لا يصحُّ مع الشُّيُوعِ عندَ أبي يوسفَ أيضًا، وإنْ كان مما لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، بأنْ[2] كان الموضعُ غيرَ صالحٍ للصلاةِ، أو الدفنِ بعدَ القِسْمَةِ؛ لأنَّ المسجدَ خالصٌ للهِ تعالى، والشُّيُوعُ يُنافي الخُلُوصَ، ألَا ترى إلى قولِه تعالى: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ﴾ [الجن: ١٨].

ولأنهما لو صحَّا مع الشَّرِكَةِ؛ كان الانتفاعُ بهما بطريقِ المُهَايَأَةِ[3]، [illegible] بأنْ يُصَلَّى فيه يومًا، ويُجْعَلَ يومًا آخرَ اصْطَبْلًا أو نحوَ [٢/٤٤٣أ] ذلك، أو يُدْفَنَ فيه الموتى مُدَّةً، ويُنْبَشُوا مُدَّةً أخرى مثلَها، ويُزْرَعُ فيه[4]، وهذا في غايةِ القُبْحِ.

---

(١) ما بين المعقوفين: زيادة من: (ن)، و(م)، و(غ).

(٢) وقع بالأصل: (فإن). والمثبت من: (ن)، و(م)، و(غ).

(٣) المُهَايَأَة: عبارة عن مقاسمة المنافع، وهي أن يتراضى الشريكان أن ينتفع هذا بهذا النصف المُفْرَز، وذاك بذاك النصف، أو هذا بكلِّه في كذا من الزمان، وذاك بكلِّه في كذا من الزمان بقدر مدة الأول. ينظر: «طِلْبَة الطَّلَبَة» لأبي حفص النسفي [ص: ١٢٧].

(٤) وقع بالأصل: (فيها). والمثبت من: (ن)، و(م)، و(غ).

لِأَنَّ الْقِسْمَةَ [٢٤٤/و] مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ، وَالْقَبْضُ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَكَذَا تَتِمَّتُه.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ أَصْلَ الْقَبْضِ عِنْدَهُ شَرْطٌ فَكَذَا مَا يَتِمُّ بِهِ، وَهَذَا فِيمَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ، فَأَمَّا فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ فَيَجُوزُ مَعَ الشُّيُوعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمه الله أَيْضًا؛ لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُهُ بِالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ الْمُنَفَّذَةِ إِلَّا فِي الْمَسْجِدِ وَالْمَقْبَرَةِ، فَإِنَّهُ لَا يَتِمُّ مَعَ الشُّيُوعِ فِيمَا لَا يَحْتَمِلُ الْقِسْمَةَ أَيْضًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، لِأَنَّ بَقَاءَ الشَّرِكَةِ يَمْنَعُ الْخُلُوصَ لِلَّهِ تَعَالَىٰ، وَلِأَنَّ الْمُهَايَأَةَ فِيهِمَا فِي غَايَةِ الْقُبْحِ بِأَنْ يُقْبَرَ

غاية البيان

فلهذا قال بامتناعِ صحَّتِها معَ الشُّيُوعِ، بخلافِ وَقْفِ المُشَاعِ؛ فإن الانتفاعَ به للموقوفِ عليه بطريقِ المُهَايَأةِ، أوْ باستغلالِه، ثم قِسْمَةِ غَلَّتِه؛ مُمْكِنٌ لا قُبْحَ فيه.

قولُه: (لِأَنَّ الْقِسْمَةَ مِنْ تَمَامِ الْقَبْضِ، وَالْقَبْضُ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ، فَكَذَا تَتِمَّتُه[1])، يعني: أن كونَ الموقوفِ مقسومًا مُفْرَزًا مِن تمامِ القبضِ، علىٰ معنىٰ أن القبضَ يَقَعُ في المُفْرَزِ تامًّا كاملًا، وفي غيرِه [يقعُ][2] قاصِرًا، ثم القبضُ عندَ أبي يوسفَ ليس بشَرْطٍ في صحَّةِ الوَقْفِ، فكذا لا يُشْتَرطُ ما يَتِمُّ به القبضُ، وهو كونُه مقسومًا مُفْرَزًا.

قولُه: (لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُهُ بِالْهِبَةِ وَالصَّدَقَةِ الْمُنَفَّذَةِ)، **أي:** يَعْتَبِرُ محمدٌ جوازَ الوَقْفِ مَعَ الشُّيُوعِ فيما لا يَحْتَمِلُ القِسْمَةَ، بجوازِ الهِبَةِ المُشَاعةِ، والصدقةِ المُنَفَّذَةِ المُشَاعةِ، وهما جائزتان، فكذا هذا؛ لأن القبضَ القاصِرَ هو القدْرُ المُمْكِنُ.

وتفسيرُ المُنَفَّذَةِ: مضىٰ قُبَيْلَ هذا.

قولُه: (لِأَنَّ الْمُهَايَأَةَ فِيهِمَا)، أي: في المسجدِ والمَقْبَرَةِ.

والْمُهَايَأَةُ في الدارِ ونحوِها: مُقاسَمةُ المنافِعِ، وهي أنْ يتراضىٰ الشريكان

---

(١) وقع بالأصل: «فكذا قسمته». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

فِيهِ الْمَوْتَىٰ سَنَةً، وَيُزْرَعَ سَنَةً، وَيُصَلَّىٰ فِيهِ فِي وَقْتٍ، وَيُتَّخَذَ إِصْطَبْلًا فِي وَقْتٍ، بِخِلَافِ الْوَقْفِ لِإِمْكَانِ الِاسْتِغْلَالِ وَقِسْمَةِ الْغَلَّةِ.

وَلَوْ وَقَفَ الْكُلَّ، ثُمَّ اُسْتُحِقَّ جُزْءٌ مِنْهُ؛ بَطَلَ فِي الْبَاقِي عِنْدَ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ الشُّيُوعَ مُقَارَنٌ كَمَا فِي الْهِبَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا رَجَعَ الْوَاهِبُ فِي الْبَعْضِ أَوْ رَجَعَ الْوَارِثُ فِي الثُّلُثَيْنِ بَعْدَ مَوْتِ الْمَرِيضِ فَقَدْ وَهَبَ لَهُ أَوْ وَقَفَ فِي مَرَضِهِ، وَفِي الْمَالِ ضِيقٌ، لِأَنَّ الشُّيُوعَ فِي ذَلِكَ طَارِئٌ.

غاية البيان

[بأنْ][(١)] يَنْتَفِعَ هذا بهذا النصفِ المُفْرَزِ، وذاك بذاك النصفِ، أو هذا بكُلِّه في كذا مِن الزمانِ، وذا بكُلِّه في كذا مِن الزمانِ بقَدْرِ الأوَّلِ.

قولُه: (وَلَوْ وَقَفَ الْكُلَّ، ثُمَّ اُسْتُحِقَّ جُزْءٌ مِنْهُ؛ بَطَلَ فِي الْبَاقِي عِنْدَ مُحَمَّدٍ)، ذكَره معَ ما بعدَه تفريعًا لمسألةِ القُدُوريِّ، وإنما بطَل الوَقْفُ في الباقي بعدَ الاستحقاقِ لمقارَنةِ الشُّيُوعِ القبْضَ؛ لأن حقَّ المُسْتَحِقِّ كان ثابتًا في الموقوفِ حالَ الوَقْفِ.

فلَمَّا كان الشُّيُوعُ مقارنًا؛ لَمْ يَتِمَّ القبضُ، وهو شرْطٌ عندَ محمَّدٍ، فبطَل في الباقي لانتفاءِ الشرطِ، بخلافِ ما إذا رجَع الوَاهِبُ في نصفِ المَوْهُوبِ بعدَ قبْضِ المَوْهُوبِ له، أوْ وهَب في مرَضِ موتِه، أوْ وَقَفَ فيه فمات، فرُدَّ الثلثان إلىٰ الورثةِ، حيثُ لا تبْطُلُ الهِبَةُ، والوَقْفُ في الباقي لطرَيانِ الشُّيُوعِ بعدَ القبضِ التامِّ.

وأصلُه: أن [٥/٣٨و/م] حُكْمَ هِبَةِ المريضِ حُكْمُ الوَصِيَّةِ، حتىٰ يُعْتَبَرَ خروجُها مِن الثلثِ، وجوازُها جوازُ الهِبَاتِ، حتىٰ يُفِيدَ المِلْكَ إذا قَبَض، وكذلك الصدقةُ.

ومسألةُ رجوعِ الوَاهِبِ، وردِّ الثلثَيْنِ إلىٰ الورَثَةِ: مذكورةٌ في «**المبسوط**»[(٢)]، كمسألةِ الاستحقاقِ، هذا إذا استُحِقَّ جزْءٌ شائعٌ، أمَّا إذا استُحِقَّ جزءٌ مُعَيَّن؛ لَمْ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن».

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسيّ [١٢/١٠٢، ٥٢، ٥٣].

وَلَوِ اسْتُحَقَّ جُزْءٌ يُمَيَّزُ بِعَيْنِهِ لَمْ يَبْطُلْ فِي الْبَاقِي لِعَدَمِ الشُّيُوعِ ؛ وَلِهَذَا جَازَ فِي الِابْتِدَاءِ ، وَعَلَىٰ هَذَا الْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ الْمَمْلُوكَةُ.

قَالَ: وَلَا يَتِمُّ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ - رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُمَا - حَتَّىٰ يَجْعَلَ آخِرَهُ بِجِهَةٍ لَا تَنْقَطِعُ أَبَدًا ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا سَمَّىٰ فِيهِ جِهَةً تَنْقَطِعُ جَازَ ، وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِمْ.

غاية البيان

يَبْطُلِ الوَقْفُ في الباقي ؛ لانتفاءِ عِلَّةِ الفسادِ ، وهو الشُّيُوعُ ، وكذلك الحُكْمُ [في الهِبَةِ][1] والصدقةِ المُنَفَّذَةِ ، إذا استُحِقَّ جُزْءٌ مُعَيَّنٌ ، حيثُ لا تَبْطُلُ الهِبَةُ والصدقةُ في الباقي ، وهذا معنىٰ قولِه: (وَعَلَىٰ هَذَا: الْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ الْمَمْلُوكَةُ) ، أي: المملوكةُ للفقيرِ.

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَتِمُّ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ - رَضِيَ اللَّهُ تعالى عَنْهُما - حَتَّىٰ يَجْعَلَ آخِرَهُ بِجِهَةٍ لَا تَنْقَطِعُ أَبَدًا ، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا سَمَّىٰ فِيهِ جِهَةً تَنْقَطِعُ ؛ جَازَ ، وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِمْ) وهذه مسألةُ القُدُورِيِّ[2].

وَجْهُ قولِهما: أن التوقيتَ يُبْطِلُ الوَقْفَ ، حتىٰ إذا وَقَفَ دارَه عشرين [سَنَةً][3] لا يَصِحُّ ، فلَمَّا [صحَّ][4] كان التوقيتُ مُبْطِلًا ، كان التأبيدُ شرْطًا ، ثم لَمَّا وَقَفَ علىٰ وَجْهٍ يَنْقَطِعُ ؛ كان مُؤَقَّتًا مِن حيثُ المعنىٰ ، فلا يَصِحُّ ، وهذا هو الوجهُ الصحيحُ في بيانِ قولِهما.

أمَّا قولُ صاحبِ «الهداية»: (لَهُمَا: أَنَّ مُوجِبَ الْوَقْفِ: زَوَالُ الْمِلْكِ بِدُونِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ» .
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٧].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ» .
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ» .

لَهُمَا أَنَّ مُوجِبَ الْوَقْفِ زَوَالُ الْمِلْكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ، وَأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالْعِتْقِ، فَإِذَا كَانَتِ الْجِهَةُ يُتَوَهَّمُ انْقِطَاعُهَا لَا يَتَوَفَّرُ عَلَيْهِ مُقْتَضَاهُ، فَلِهَذَا كَانَ التَّوْقِيتُ مُبْطِلًا لَهُ كَالتَّوْقِيتِ فِي الْبَيْعِ. ولأَبِي يُوسُفَ رحمه الله أَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ التَّقَرُّبُ إِلَى

غاية البيان

التَّمْلِيكِ، وَأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالْعِتْقِ) ففيه نظرٌ على إطلاقِه؛ لأن حُكْمَ الوَقْفِ عند أبي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللهُ تعالى عَنه - [٢/٤٤و] حَبْسُ العَيْنِ على مِلْكِ الوَاقِفِ، والتصدُّقُ بالمنفعةِ، فكيف يَصِحُّ زوالُ المِلْكِ معَ حَبْسِ[1] العَيْنِ على مِلْكِ الوَاقِفِ؟ فلو كان مِلْكُهُ زائلًا؛ لَمْ يَصِحَّ في الوَقْفِ شرْطُه فيما بعدُ، اللهمَّ إلا إذا حَكَمَ به الحاكمُ، فحينئذٍ يَزُولُ؛ لأنه مُجْتَهَدٌ فيه.

وَوَجهُ قولِ أبي يوسفَ: أن المَقْصُودَ من الوَقْفِ هو التقرُّبُ إلى اللهِ تعالى بالتصدُّقِ بالمنفعةِ، والتقرُّبُ كما يَكُونُ بالصرفِ إلى جهةٍ لا تَنْقَطِعُ، يَكُونُ بالصرْفِ إلى جهةٍ تَنْقَطِعُ، فجاز الوَقْفُ على هذا الوجهِ، كما جاز على ذلك الوجهِ.

وقيل: إن التأبيدَ شرْطٌ[2] عندَ أبي يوسفَ أيضًا، لكنَّ التصريحَ بالتأبيدِ ليس بشرطٍ عندَه؛ لأن ذِكْر [الوَقْفِ ذِكْرٌ للتأبيدِ؛ لأن][3] الوَقْفَ إزالةُ المِلْكِ [٥/٣٨ظ/م] بدونِ التمليكِ، فصار كالعتقِ، والعتقُ يَتَأَبَّدُ، فكذا الوَقْفُ، وأشار القُدُورِيُّ إلى هذا بقولِه: «وصار بعدَ هذا للفقراءِ، وإنْ لَمْ يُسَمِّهِم»[4].

ونقَل النَّاطِفِيُّ في «الأجناس»: عن **«شروط محمد بن مقاتل»** عن أبي يوسفَ: «إذا وَقَف على رَجُلٍ بعَيْنِه جاز، وإذا مات الموقوفُ عليه؛ رجَع الوَقْفُ إلى وَرَثَةِ الوَاقِفِ، وعليه الفتوى.

---

(١) وقع بالأصل: «مع جنس». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٢) وقع بالأصل: «شرطه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٤) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٧].

اللهِ تَعَالَىٰ وَهُوَ مُوَفَّرٌ عَلَيْهِ، لِأَنَّ التَّقَرُّبَ تَارَةً يَكُونُ فِي الصَّرْفِ إِلَىٰ جِهَةٍ تَنْقَطِعُ وَمَرَّةً بِالصَّرْفِ إِلَىٰ جِهَةٍ تَتَأَبَّدُ، فَيَصِحُّ فِي الْوَجْهَيْنِ، وَقِيلَ: إِنَّ التَّأْبِيدَ شَرْطٌ بِالْإِجْمَاعِ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: لَا يُشْتَرَطُ ذِكْرُ التَّأْبِيدِ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الْوَقْفِ وَالصَّدَقَةِ مُنْبِئَةٌ عَنْهُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ إِزَالَةُ الْمِلْكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ كَالْعِتْقِ، وَلِهَذَا قَالَ فِي الْكِتَابِ فِي بَيَانِ قَوْلِهِ وَصَارَ بَعْدَهَا لِلْفُقَرَاءِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِمْ، وَهَذَا هُوَ الصَّحِيحُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ ذِكْرُ التَّأْبِيدِ شَرْطٌ؛ لِأَنَّ هَذَا صَدَقَةٌ بِالْمَنْفَعَةِ أَوْ بِالْغَلَّةِ، وَذَلِكَ قَدْ يَكُونُ مُؤَقَّتًا وَقَدْ يَكُونُ مُؤَبَّدًا، فَمُطْلَقُهُ لَا يَنْصَرِفُ إِلَى التَّأْبِيدِ، فَلَا بُدَّ مِنَ التَّنْصِيصِ.

قَالَ: وَيَجُوزُ وَقْفُ الْعَقَارِ؛ لِأَنَّ جَمَاعَةً مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم [٢٤٤/ظ] وَقَفُوهُ،

غاية البيان

وقال في «البَرَامِكَة»: «قال أبو يوسفَ: إذا انقرضَ الموقوفُ عليهم؛ يُصرَفُ الوَقْفُ إلىٰ المَسَاكِينِ، فحصَلَ عنه روايتان»[1] إلىٰ هنا لفظُ كتابِ **«الأجناس»**.

قولُه: (وَهُوَ مُوَفَّرٌ عَلَيْهِ)، أي: التقرُّبُ إلىٰ اللهِ تعالىٰ مُوَفَّرٌ علىٰ جَعْلِ الوَقْفِ بجهةٍ تَنْقَطِعُ، كما هو مُوَفَّرٌ علىٰ جَعْلِه بجهةٍ لا تَنْقَطِعُ، يعني: يَحْصُلُ التقرُّبُ بهذا الوجهِ وافِرًا، كما يَحْصُلُ بذلك الوجهِ.

قولُه: (مُنْبِئَةٌ[2] عَنْهُ)، أي: عن التأبيدِ.

قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ وَقْفُ الْعَقَارِ) وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ[3]، وهذا لأن عمرَ - رَضِيَ اللهُ تعالىٰ عَنه - وَقَف أرْضًا اسمُها: ثَمْغ[4]، وكذا سائرُ الصحابةِ وقَفُوا العَقارَ، هذا لفْظُ

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٥٥٥].

(٢) وقع بالأصل: «مبنية». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٧].

(٤) مضىٰ التعريف بها.

وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ.

غاية البيان

القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ في «**مختصره**».

يُقالُ: ما له دارٌ ولا عَقَارٌ؛ أي: أَصْلُ مالٍ، كذا في «**الجمهرة**»[١]، والمرادُ [منه][٢] هنا: الأرضُ، مَبْنِيَّةً كانت أوْ غيرَ مَبْنِيَّةٍ.

قولُه: (**وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ**) هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ في «**مختصره**»، **وتمامُه فيه**: «وقال أبو يوسفَ: إذا وَقَفَ ضَيْعةً ببقَرِها وأَكَرَتِها[٣] ـ وهم عَبِيدٌ ـ جاز، وقال محمدٌ: يَجُوزُ حَبْسُ الكُرَاعِ والسلاحِ»[٤] هكذا ذَكَر القُدُورِيُّ.

والمفهومُ منه: أن حَبْسَ الكُرَاعِ والسلاحِ لا يَجُوزُ مقصودًا عندَ أبي يوسفَ، ولكن قال الطَّحَاوِيُّ في «**مختصره**»: «ولا يَجُوزُ الوَقْفُ في عبْدٍ، ولا [في][٥] أَمَةٍ، ولا في شيءٍ سوىٰ العَقَارِ والأَرَضِينَ، إلا أن يَكُونَ أرْضًا فيها بقرٌ أوْ عبيدٌ لمصالِحها، فيُشْتَرَطُ ذلك في الصدقةِ بها، وفي الإنفاقِ لها، فيَكُونُ ذلك وقْفًا معَها.

وقال محمدُ بنُ الحسنِ: لا بأسَ بحَبْسِ الخيلِ في سبيلِ اللهِ تعالىٰ، وكذلك قال أبو يوسفَ»[٦] إلىٰ هنا لَفْظُ الطَّحَاوِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ.

وقد صَرَّح بجوازِ حَبْسِ الخيلِ كما تَرَىٰ، وكذلك ذكَر شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ

---

(١) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٢/٧٦٨].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) **الأَكَرَة**: جمْعُ: الأَكَّار، وهو الحَرَّاث، والزَّرَّاع. يقال: أَكَرَ الأَرضَ أَكْرًا؛ إذا حرَثَها، وزرَعها. ينظر: «الطراز الأول» لابن معصوم [٧/٣٨].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٧].

(٥) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في «مختصر الطحاوي».

(٦) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ١٣٧].

. . . .

زَادَه في «مبسوطه» حيثُ قال: «فأَمَّا [إذا][1] وَقَفَ المنقولَ مقصودًا، إذا كان كُرَاعًا أَوْ سلاحًا، وقد وقَفَهما في سبيلِ اللهِ تعالىٰ؛ فإنه يَجُوزُ استحسانًا عندَ أبي يوسفَ ومحمدٍ».

وإلىٰ هذا [٥/٣٩و/م] [الخلافِ][2]: أشار صاحبُ الهدايةِ بقولِه: (وَأَبُو يُوسُفَ مَعَهُ فِيهِ عَلَىٰ مَا قَالُوا)، أي: معَ محمَّدٍ في جوازِ حَبْسِ الكُرَاعِ والسلاحِ علىٰ ما قال المشايخُ، وأمَّا وَقْفُ ما سوىٰ الكُرَاعِ والسلاحِ مِن المنقولِ مقصودًا، فهل يَصِحُّ أمْ لا؟

قال شيخُ الإسلامِ في «مبسوطه»: «لا يَصِحُّ عندَ أبي يوسفَ؛ قياسًا [٢/٤٤ظ]، أيَّ شيءٍ كان.

وقال محمدٌ: ما تعارَفَ الناسُ وقْفَه مِن المنقولِ؛ فإنه يَجُوزُ استحسانًا، كالمِنْشَارِ، والفأْسِ، والجنازةِ، والمصحفِ لقراءةِ القرآنِ، والقُدُورِ، والمَرَاجِلِ[3]، وما لَمْ يَتَعَارَفِ الناسُ وقْفَه: لا يَجُوزُ، كوَقْفِ الثِّيابِ والحيوانِ وغيرِه مِن الأمتعةِ».

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: إنَّ وَقْفَ المنقولِ يَصِحُّ مقصودًا، إذا كان المنقولُ شيئًا يُمْكِنُ الانتفاعُ به معَ بقاءِ عَيْنِه، أيَّ شيءٍ كان[4]، وأجمعُوا أنه لا يَصِحُّ وَقْفُ الدراهمِ والدنانيرِ.

وَجْهُ قولِ الشَّافعيِّ: القياسُ علىٰ العَقارِ والكُرَاعِ، والجامعُ: إمكانُ الانتفاعِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: في الأصل: «الاختلاف»، والمثبت من «م».

(٣) المَرَاجِل: جمْع: مِرْجَل، وهو القِدْر مِن الطِّين المَطْبُوخ، أَو النحاس. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٣٣٢].

(٤) ينظر: «الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٤/٢٣٩]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٥١٠]. و«النجْم الوهَّاج في شرْح المنهاج» للدَّميري [٥/٤٥٧].

. . . .

بها معَ بقاءِ العَيْنِ بخلافِ الدراهمِ والدنانيرِ، فإنه لا يَجُوزُ الانتفاعُ بها معَ بقاءِ العَيْنِ.

ولنا: أن التأبيدَ شرْطٌ في الوَقْفِ؛ لأنه لا يَصِحُّ معَ التوقيتِ، والمنقولاتُ لا تتأَبَّدُ، لأنها لا تَبْقَىٰ، فلا يَصِحُّ وقْفُها لانتفاءِ الشرطِ، وكان القياسُ ألَّا يَجُوزَ وَقْفُ الكُرَاعِ والسلاحِ، إلا أنه تُرِكَ القياسُ بالنصِّ، وهو ما ذكَر شيخُ الإسلامِ وغيرُه: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال لعُمَر حين شكَا مِن خَالِد بن الوَلِيد، حينَ منعَ منه الزكاةَ، فقال: «**وَلَا تَظْلِمُوا خَالِدًا؛ فَإِنَّهُ حَبَسَ أَدْرُعَهُ وَكُرَاعَهُ فِي سَبِيلِ اللهِ تَعَالَىٰ**»[1].

ثم النصُّ الوارِدُ في الكُرَاعِ لا يُجْعَلُ كالوارِدِ في المصحفِ ونحوِه؛ لأنَّ الجهادَ أعظمُ قُرْبةً مِن قراءةِ القرآنِ خارجَ الصلاةِ؛ لأنه فرْضُ كفايةٍ، وهذا تطَوُّعٌ، وكذا القُرْبةُ في الانتفاعِ بالمِنْشارِ والفأسِ ونحوِهما، دونَ القُرْبةِ في الكُرَاعِ، فلَمْ يَثْبُتْ حُكْمُ الكُرَاعِ فيها دلالةً، فبَقِيَ الحُكْمُ فيها على القياسِ.

وقال محمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ: القياسُ في جميعِ المنقولاتِ، ذلك إلا أني تركْتُ القياسَ بتعامُلِ الناسِ؛ لأنه يَجُوزُ[2] ترْكُه به، كما تُرِكَ القياسُ بالتعامُلِ في الاستصناعِ، وفيما لا عُرْفَ ولا نَصَّ فيه: بقِيَ الحُكْمُ على أصْلِ [٥/٣٩ظ/م] القياسِ.

وقياسُ الشَّافعيِّ على العَقارِ ضعيفٌ؛ لأنه قياسُ ما لا يَبْقَىٰ على ما يَبْقَىٰ.

---

(١) أخرجه: مسلم في «صحيحه» في كتاب الزكاة/ باب قبول الصدقة من الكسب الطيب وتربيتها [رقم/ ٩٨٣]، وأحمد في «مسنده» [٢/٣٢٢]، وأبو داود في كتاب الزكاة/ باب في تعجيل الزكاة [رقم/ ١٦٢٣]، والنسائي في «سننه» في كتاب الزكاة/ باب إعطاء السيد المال بغير اختيار المصدق [رقم/ ٢٤٦٤]، وغيرهم من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه به نحوه. وهو عند البخاري في كتاب الزكاة/ باب قول الله تعالى: وفي الرقاب... وفي سبيل الله [رقم/ ١٣٩٩]، دون ذِكْر عُمَر رضي الله عنه فيه.

(٢) وقع بالأصل: «لا يجوز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

قَالَ رضي الله عنه: وَهَذَا عَلَى الإِرْسَالِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: إِذَا وَقَفَ ضَيْعَةً بِبَقَرِهَا وَأَكَرَتِهَا وَهُمْ عَبِيدُهُ جَازَ، وَكَذَا سَائِرُ آلَاتِ الْحِرَاسَةِ؛ لِأَنَّهُ تَبَعٌ لِلْأَرْضِ فِي تَحْصِيلِ مَا هُوَ الْمَقْصُودُ، وَقَدْ يَثْبُتُ مِنَ الْحُكْمِ تَبَعًا مَا لَا يَثْبُتُ مَقْصُودًا كَالشُّرْبِ فِي الْبَيْعِ وَالْبِنَاءِ فِي الْوَقْفِ، وَمُحَمَّدٌ رحمه الله مَعَهُ فِيهِ، لِمَا أَنَّهُ جَازَ إِفْرَادُ بَعْضِ الْمَنْقُولِ بِالْوَقْفِ عِنْدَهُ فَلَأَنْ يَجُوزَ الْوَقْفُ فِيهِ تَبَعًا أَوْلَى.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: يَجُوزُ حَبْسُ الْكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ مَعْنَاهُ وَقْفُهُ فِي سَبِيلِ اللهِ،

غاية البيان

قولُه: (وَهَذَا عَلَى الإِرْسَالِ)، أي: عدمَ جوازِ الوَقْفِ في المنقولاتِ ـ على الإطلاقِ مقصودًا أَوْ تبعًا، كُرَاعًا أَوْ غيرَ ذلك، تعاملُوا فيه أَوْ لا ـ: هو قولُ أبي حَنِيفَةَ ـ رَضِيَ اللهُ تعالى عَنْه ـ.

قولُه: (إِذَا وَقَفَ ضَيْعَةً بِبَقَرِهَا وَأَكَرَتِهَا)، قال في «المجمل»: «ضَيْعَةُ الرَّجُلِ: عَقَارُه»[1].

والأَكَرَةُ: جمعُ: الأَكَّارِ، وهو الفلَّاحُ.

قولُه: (كَالشِّرْبِ فِي البَيْعِ، وَالبِنَاءِ فِي الوَقْفِ)، يعني: لا يَجُوزُ بَيْعُ الشِّرْبِ[2] مقصودًا، على ظاهرِ الروايةِ: ويَجُوزُ تبعًا للأرضِ، وكذا البناءُ لا يَجُوزُ وقْفُهُ مقصودًا، ويَجُوزُ تبعًا للأرضِ.

قولُه: (وَمُحَمَّدٌ مَعَهُ [فِيهِ][3])، أي: معَ أبي يوسفَ في جوازِ وَقْفِ المنقولِ تبعًا.

---

(١) ينظر: «مجمل اللغة» لابن فارس [ص/ ٥٧٠].

(٢) الشِّرْبُ ـ بكَسْر الشين ـ: الحَظُّ مِن الماء. وعرَّفه بعضهم: بكونه النصيب مِن الماء للأراضي وغيرها. ينظر: «طِلْبة الطَّلَبة» لأبي حفص النسفي [ص/ ١٥٤]. و«معجم لغة الفقهاء» لأبي عبيد [ص/ ١٨٢].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَأَبُو يُوسُفَ ﷺ مَعَهُ فِيهِ عَلَى مَا قَالُوا، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ. وَالْقِيَاسُ أَلَّا يَجُوزَ [illegible] بَيَّنَاهُ مِنْ قَبْلُ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: الْآثَارُ الْمَشْهُورَةُ فِيهِ: مِنْهَا قَوْلُهُ ﷺ: (وَأَمَّا خَالِدٌ فَقَدْ حَبَسَ أَدْرُعًا وَأَفْرَاسًا فِي سَبِيلِ اللهِ تَعَالَى) وَطَلْحَةُ حَبَسَ دُرُوعَهُ [illegible]

قولُه: (يَجُوزُ حَبْسُ الْكُرَاعِ) والكُرَاعُ: الخيلُ. كذا في (ديوان الأدب)[1].

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا مِنْ قَبْلُ)، أي: مِن شرطِ التأبيدِ؛ لأنَّ المنقولَ لا يتحقَّقُ فيه التأبيدُ؛ لعدمِ بقائِه.

قولُه: (مِنْهَا قَوْلُهُ ﷺ: (وَأَمَّا خَالِدٌ[2] فَقَدْ حَبَسَ أَدْرُعًا وَأَفْرَاسًا فِي سَبِيلِ اللهِ تَعَالَى)[3]).

قال البُخَارِيُّ رحمهُ اللهُ تعالى في كتابِ الزكاةِ مِن (الصحيح): حَدَّثَنَا أَبُو الْيَمَانِ، قَالَ: أَخْبَرَنَا شُعَيْبٌ، قَالَ: أَخْبَرَنَا أَبُو الزِّنَادِ، عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله تعالى عنه، قَالَ: أَمَرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ بِصَدَقَةٍ، فَقِيلَ: مَنَعَ ابْنُ جَمِيلٍ، وَخَالِدُ بْنُ الْوَلِيدِ، وَعَبَّاسُ بْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: (مَا يَنْقِمُ ابْنُ جَمِيلٍ إِلَّا أَنَّهُ كَانَ فَقِيرًا، فَأَغْنَاهُ اللهُ تعالى وَرَسُولُهُ، وَأَمَّا خَالِدٌ: فَإِنَّكُمْ تَظْلِمُونَ خَالِدًا، قَدِ احْتَبَسَ أَدْرَاعَهُ وَأَعْتُدَهُ[4] فِي سَبِيلِ اللهِ، وَأَمَّا [illegible] الْعَبَّاسُ بْنُ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ، فَعَمُّ رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَهِيَ عَلَيْهِ صَدَقَةٌ وَمِثْلُهَا مَعَهَا)[5]. وَفِي الْحَدِيثِ [illegible]

---

(١) ينظر: (ديوان الأدب) للفارابي [١/ ٤٤٤].

(٢) وقع بالأصل: (خالِدًا). والمثبت من: (ن)، و(م)، و(ع).

(٣) مضى تخريجه.

(٤) في البخاري: (وأَعْتُدَهُ). ولفظ: (أَعْبُدَهُ). هو رواية النسائي في (السنن الكبرى) [illegible] قال ابنُ حجر: (قوله: (أَعْتُدَهُ). بضم المثناة جمعُ: عَتَدٍ بفتحتين. ووقع في رواية مسلم: (أَعْتَادَهُ) [illegible] جمعُهُ أيضًا. قيل: هو ما يَعُدُّهُ الرَّجُلُ من الدواب والسلاح. وقيل: الخيل خاصة. يقال: فَرَسٌ عَتِدٌ أي: صُلْبٌ. أو مُعَدٌّ للركوب. أو سريع الوثوب. وقيل: إن لبعض رواة البخاري: (وأَعْبُدَهُ) [illegible] جمعُ: عَبْدٍ. حكاه عياض، والأول هو المشهور). ينظر: (فتح الباري) لابن حجر [illegible]

(٥) أخرجه: البخاري في كتاب الزكاة/ باب قول الله تعالى: وفي الرقاب... وفي سبيل الله [illegible]

سَبِيلِ اللهِ تَعَالَىٰ، وَيُرْوَىٰ أَكْرَاعَهُ.

وَالْكُرَاعُ: الْخَيْلُ. وَيَدْخُلُ فِي حُكْمِهِ الإِبِلُ؛ لِأَنَّ الْعَرَبَ يُجَاهِدُونَ عَلَيْهَا، وَكَذَا السِّلَاحُ يُحْمَلُ عَلَيْهَا.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ وَقْفُ مَا فِيهِ تَعَامُلٌ مِنَ الْمَنْقُولَاتِ كَالْفَأْسِ، وَالْمُرِّ، وَالْقَدُّومِ، وَالْمِنْشَارِ، وَالْجِنَازَةِ وَثِيَابِهَا، وَالْقُدُومِ وَالْمَرَاجِلِ وَالْمَصَاحِفِ.

غاية البيان

في «شرح الخطَّابيِّ»[1].

قولُه: (وَيُرْوَىٰ أَكْرَاعَهُ)، أي: مكانَ قولِه: «دُرُوعَهُ» وفي هذا اللفظِ نظرٌ. أعني: في قولِه: (أَكْرَاعَهُ) لأن فُعَالًا لَمْ يُسْمَعْ جمْعُه على أفْعالٍ، أمَّا المؤنثُ: فيَجُوزُ جمْعُه على أفْعُلٍ، كعِقَابٍ وأعْقُبٍ، فعلى هذا لو قال: «أَكْرُعَه» لكان له وجْهٌ[2]؛ لأن كُرَاعًا مُؤنَّثٌ.

قولُه: (وَيَدْخُلُ فِي حُكْمِهِ الإِبِلُ)، أي: في حُكْمِ الكُرَاعِ، وكان القياسُ أن يَقُولَ: في حُكْمِها؛ لأنَّ الكُرَاعَ مُؤَنَّثٌ سَماعِيٌّ، يعني [٥/٤٠و/م]: يَجُوزُ حَبْسُ الإبلِ في سبيلِ اللهِ؛ لأنها يُغْزَىٰ عليها كالخيلِ.

قولُه: (وَالْقَدُومُ)، قال في «الجمهرة»: «والْقَدُومُ التي يُنْحَتُ بها: بتخفيفِ الدالِ لا غيرَ، والجمْعُ: قُدُمٌ»[3].

قولُه: (وَالْمَرَاجِلُ) جمعُ: مِرْجَلٍ، والمِرْجَلُ: قِدْرٌ مِن النُّحاسِ، كذا في

= ١٣٩٩]، ومسلم في كتاب الزكاة/ باب في تقديم الزكاة ومنعها [رقم/ ٩٨٣]، وغيرهما من حديث: أبي هريرة ﷺ. وهذا لفظ البخاري.

(١) ينظر: «أعلام الحديث/ شرح صحيح البخاري» للخَطَّابيّ [٢/٧٩٥].

(٢) وقع بالأصل: «وجْهًا». والمثبت من: «م».

(٣) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٢/٦٧٦].

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لَا يَجُوزُ؛ لِأَنَّ الْقِيَاسَ إِنَّمَا يُتْرَكُ بِالنَّصِّ، وَالنَّصُّ وَرَدَ فِي الْكُرَاعِ وَالسِّلَاحِ فَيُقْتَصَرُ عَلَيْهِ.

ومُحَمَّدٌ يَقُولُ: الْقِيَاسُ قَدْ يُتْرَكُ بِالتَّعَامُلِ كَمَا فِي الِاسْتِصْنَاعِ، وَقَدْ وُجِدَ التَّعَامُلُ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ.

وَعَنْ نُصَيْرِ بْنِ يَحْيَى رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ وَقَفَ كُتُبَهُ إِلْحَاقًا لَهَا بِالْمَصَاحِفِ، وَهَذَا صَحِيحٌ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ يُمْسِكُ لِلدِّينِ تَعْلِيمًا وَتَعَلُّمًا وَقِرَاءَةً، وَأَكْثَرُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ عَلَى قَوْلِ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ.

غاية البيان

«ديوان الأدب»[1].

قال ابنُ دُرَيْدٍ: «الْمِرْجَلُ معروفٌ، عربيٌّ صحيحٌ»[2].

قولُه: ([وَقَدْ][3] وُجِدَ التَّعَامُلُ فِي هَذِهِ الْأَشْيَاءِ)، أي: في وَقْفِ هذه الأشياءِ المذكورةِ؛ وهي: الفَأْسُ، والْمَرُّ[4]، والْقَدُومُ، والمِنْشَارُ، والْجِنازَةُ، وثِيَابِها، والقُدُورُ، والْمَرَاجِلُ، والْمَصَاحِفُ.

قال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «رَجُلٌ وَقَفَ بقرةً على رِباطٍ على أن ما خرَجَ مِن لبَنِها وسَمْنِها يُعْطَى أبناءَ السَّبِيلِ جاز إنْ كان في موضعٍ تعارَفوا ذلك، لمكانِ العُرْفِ؛ كالسِّقَايةِ»[5].

قولُه: (وَعَنْ نُصَيْرِ بْنِ يَحْيَى)، قال في «التحفة»: «وعن نُصَيْرِ بنِ يحيى: أنه

(١) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [١/٢٩٩].

(٢) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٤٦٥].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن».

(٤) المَرُّ: المِسْحاةُ أو مَقْبِضُها، وكذلك هو مِن المِحْرَاث. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٧/٤٧٤/ مادة: كمل].

(٥) ينظر: «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة» [٣/١٠٥].

وَمَا لَا تَعَامُلَ فِيهِ لَا يَجُوزُ وَقْفُهُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: كُلُّ مَا يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ أَصْلِهِ، وَيَجُوزُ بَيْعُهُ يَجُوزُ وَقْفُهُ؛ لِأَنَّهُ يُمْكِنُ الِانْتِفَاعُ بِهِ، فَأَشْبَهَ الْعَقَارَ وَالْكُرَاعَ وَالسِّلَاحَ.

وَلَنَا: أَنَّ الْوَقْفَ فِيهِ لَا يَتَأَبَّدُ، وَلَا بُدَّ مِنْهُ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ؛ فَصَارَ كَالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ، بِخِلَافِ الْعَقَارِ، ....

غاية البيان

وَقَفَ كُتُبَه علىٰ أبي حَنِيفَةَ - رَضِيَ اللهُ تعَالىٰ عَنْه -»[1].

وقال في «**النوازل**»: «سُئل أبو نصْرٍ عن رَجُلٍ وَقَفَ الكُتبَ، قال: كان محمدُ ابنُ سلمةَ لا يُجيزُه، وكان نصيرُ بنُ يحيىٰ يُجيزُه، وقد وَقَفَ كُتبَه، قال الفقيهُ: وكان أبو جعفرٍ يُجيزُ ذلك، وبه نأخُذُ»، إلىٰ هنا لفْظُ [كتاب][2] «**النوازل**»[3].

ونُصَيْرُ بنُ يحيىٰ: مِن كبارِ علمائنا ببَلْخَ، مات سنةَ ثمانٍ وستِّين ومئتين، وكان تلميذَ الحسنِ بنِ زيادٍ وغيرِه رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، ومات الحسنُ سنةَ أربعٍ ومئتين، وهو تلميذُ أبي حَنِيفَةَ، ومحمدُ بنُ سلَمةَ مات في شوَّالٍ سنةَ ثمانٍ وسبعين ومئتين، وأبو نصْرٍ محمدُ [بنُ محمدٍ][4] بنِ سلَّامٍ، مات سنةَ خمسٍ وثلاثِ مئةٍ.

وأبو جعفرٍ الْهِنْدُوَانِيُّ مات ببُخارَىٰ، وحُمِلَ إلىٰ بلْخَ سَنَةَ اثنين وستِّين وثلاثِ مئةٍ، وهو ابنُ اثنين وستِّين سَنَةً، وكان أستاذَ الفقيهِ أبي الليثِ، وكان أبو نصْرٍ تلميذَ محمدِ بنِ سلمةَ ونُصَيْرٍ جميعًا، وهما تلْميذا عصامِ بنِ يوسفَ وغيرِه، وعصامٌ تلميذُ أبي يوسفَ القاضي، ومات عصامٌ ببَلْخَ سَنَةَ خمسَ عشرةَ ومئتين.

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٣٧٨].
(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٣) ينظر: «النوازل» للسمرقندي [ق/ ٢٢٤].
(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَلَا مُعَارِضَ مِنْ حَيْثُ السَّمعِ، وَلَا مِنْ حَيْثُ التَّعَامُلِ، فَبَقِيَ عَلَىٰ أَصْلِ القِيَاسِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْعَقَارَ يَتَأَبَّدُ، وَالْجِهَادُ سَنَامُ الدِّينِ، فَكَانَ مَعْنَىٰ الْقُرْبَةِ فِيهِمَا أَقْوَىٰ، فَلَا يَكُونُ غَيْرُهُمَا فِي مَعْنَاهُمَا.

غاية البيان

قولُه: (وَلَا مُعَارِضَ مِنْ حَيْثُ السَّمْعُ، وَلَا مِنْ حَيْثُ التَّعَامُلُ، فَبَقِيَ عَلَىٰ أَصْلِ القِيَاسِ)، بيانُه: أن الوَقْفَ لا يَجُوزُ في المنقولِ نصًّا وقياسًا.

أمَّا الأوَّلُ: فلقولِه ﷺ: «لَا حَبْسَ عَنْ فَرَائِضِ اللهِ تَعَالَىٰ»[١].

وأمَّا الثاني: فلأنه لا يتَأَبَّدُ، فصار كالدراهم[٢] [٥/٤٠ظ/م]، ولكن جاز في الكُرَاعِ والسِّلَاحِ؛ لمعارَضةِ نصٍّ آخرَ، وهو ما ذكَرْنا مِن حديثِ خالدٍ[٣]، وجاز فيما فيه تعامُلٌ لمعارضةِ دليلِ الإجماعِ، وهو العُرْفُ، كما في الفأسِ[٤] ونحوِها، ولَمْ يُوجَدِ المعارِضُ فيما لا تَعامُلَ فيه مِن سائرِ المنقولاتِ، فبَقِيَ الحُكْمُ علىٰ أصْلِ القياسِ، فلَمْ يَجُزِ الوَقْفُ فيها.

وإنما بقِيَ علىٰ أصلِ القياسِ: لأنه لا يُمْكِنُ إثباتُ الحُكْمِ في المنقولِ الذي ليس فيه نصٌّ وعُرْفٌ؛ قياسًا علىٰ العَقَارِ والكُرَاعِ والسِّلَاحِ، وكذا دلالةً؛ لأن المنقولَ الذي ليس فيه تعامُلٌ أوْ نصٌّ ليس في معنىٰ العَقارِ، ولا في معنىٰ الكُرَاعِ؛ لأن [٢/٤٥ظ] العَقارَ يتأَبَّدُ، بخلافِ المنقولِ، والكُرَاعُ آلةُ الجهادِ الذي هو فرضُ كفايةٍ، والقُرْبَةُ بسائرِ المنقولاتِ تطَوُّعٌ، فلا يَكُونُ في معناه، وهذا معنىٰ قولِه: (وَهَذَا لِأَنَّ الْعَقَارَ يَتَأَبَّدُ، وَالْجِهَادُ سَنَامُ الدِّينِ) أي: مُعْظَمُ الدينِ، وقولُه: (وَهَذَا) إشارةٌ إلىٰ بقائِه علىٰ أصلِ القياسِ، وسَنَامُ البَعِيرِ معروفٌ.

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) زيادة بعدها في «م»: «والدنانير».

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) وقع بالأصل: «في القياس». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

قَالَ: وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ؛ لَا يَجُوز بَيْعُهُ، وَلَا تَمْلِيكُهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشَاعًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ؛ فَيَطْلُبُ الشَّرِيكُ الْقِسْمَةَ، فَيَصِحُّ مُقَاسَمَتُهُ.

غاية البيان

قال في «**الجمهرة**»: «السَّنَمُ: مصدرُ سَنِمَ البَعِيرُ سَنَمًا؛ إذا عَظُمَ سَنَامُه؛ ومنه اشتقاقُ السَّنَامِ، ومجْدٌ[١] مُسَنَّمٌ: عَظِيمٌ، وكلُّ شيءٍ رفعْتَهُ؛ فقد سنَّمْتَهُ؛ ومنه اشتقاقُ اسمِ تسْنِيمٍ[٢]، وهو عَيْنٌ»[٣].

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا صَحَّ الْوَقْفُ؛ لَا يَجُوز بَيْعُهُ، وَلَا تَمْلِيكُهُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشَاعًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ؛ فَيَطْلُبُ[٤] الشَّرِيكُ الْقِسْمَةَ، فَيَصِحُّ مُقَاسَمَتُهُ)، أي: قال القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «**مختصره**»[٥]، وإنما لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ، ولا تمليكُه بوَجْهٍ مِن الوجوهِ؛ لأن الوقفَ لَمَّا صحَّ زالَ المِلْكُ، لا إلىٰ مالكٍ عندَهما، فلا يَتَأَتَّىٰ البيعُ والتمليكُ بعدَ زوالِ المِلْكِ.

وعندَ أبي حَنِيفَةَ: وإنْ لَمْ يَزُلِ المِلْكُ عن الوَاقِفِ؛ لَمْ يَجُزْ تمليكُه بوَجْهٍ مِن الوجوهِ؛ لأنه قال ﷺ لعُمَر: «**تَصَدَّقْ بِأَصْلِهَا، لَا يُبَاعُ، وَلَا يُورَثُ، وَلَا يُوهَبُ**»[٦]. إلا أن مُقاسَمةَ الوَاقِفِ معَ الشَّرِيكِ في وَقْفِ المُشَاعِ عندَ أبي يوسفَ جائزةٌ؛ لأن القِسْمَةَ إفرازٌ وتمييزُ الحقوقِ[٧]، والممنوعُ: التمليكُ، لا الإفرازُ.

غايةُ ما في البابِ: أن القِسْمَةَ فيها معنىٰ المبادَلةِ، وهي الغالبةُ في العَقارِ، والعُرُوضِ، والحيواناتِ للتفاوُتِ، بخلافِ المَكِيلاتِ، والمَوْزُوناتِ، والعَدَدِيَّاتِ

(١) وقع بالأصل: «ومحمد». والمثبت من: «ن»، و«م». وهو الموافق لِمَا وقَع في «الجمهرة».
(٢) وقع بالأصل: «نسيم». والمثبت من: «م»، و«غ».
(٣) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٨٦١/٢].
(٤) وقع بالأصل: «وطلب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٥) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٧].
(٦) مضىٰ تخريجه.
(٧) في: «ن»: «إفرازٌ بمَيْز الحقوق». وهو معنىٰ صحيح أيضًا.

[التي](١) لا تتفاوتُ. فإنَّ الإقرارَ هو الغالبُ فيه، فكذا في الوقفِ حُمِلَ العاملُ على معنى الإقرارِ؛ تصحيحاً للوقفِ؛ نظراً [للفقراءِ](٢) [illegible]. فلم تعتبر الحقيقةُ تمليكاً.

ثم فرَّعَ صاحبُ (الهداية) على مسألةِ القُدُورِيِّ، فقال: (إنْ وَقَفَ نصيبَه مِنْ عقارٍ مُشْتَرَكٍ؛ فَهُوَ(٣) الَّذِي يُقَاسِمُ) وهذا التفريعُ على مذهبِ أبي يوسفَ؛ لأنَّ وقفَ المُشَاعِ جائزٌ عندَه خاصَّةً.

يعني: إذا كانتِ الأرضُ بينَ رَجُلَيْنِ، فوقفَ أحدُهما نصيبَه، فالمُقَاسِمُ مع الشَّريكِ هو الواقفُ، لا القاضي؛ لأنَّ الولايةَ في الوقفِ للواقفِ، أو لوصيِّه بعده.

أمَّا إذا لم تكنِ الأرضُ مُشْتَرَكَةً، بل هي لواحدٍ(٤) خاصَّةً، فوقفَ نصفَها، ثم أرادَ القسمةَ، فالوجهُ في ذلك: أنْ يبيعَ النصفَ الباقيَ، ثم هو والمُشْتَرِي يتقاسمان، أو يرفعَ الأمرَ إلى القاضي، فيأمرَ إنساناً يُقاسِمُه؛ لأنَّ القسمةَ تجري بينَ اثنين، ولا تتأتَّى في واحدٍ؛ لأنَّه لا يصلحُ أنْ يكونَ مُقاسِماً ومُقاسَماً. فلأجلِ هذا يبيعُ الباقيَ، أو يرفعُ الأمرَ إلى القاضي.

وفي الصورةِ الأُولَى: الواقفُ مع شريكِه مُقاسِمٌ ومُقاسَمٌ، فلا حاجةَ إلى القاضي. ثم إنْ كانَ في القسمةِ فضلُ دراهمَ، بأنْ كانَ أحدُ النصفينِ أجودَ مِنَ الآخرِ، فجُعِلَ بإزاءِ الجودةِ دراهمُ. فإنْ كانَ الآخذُ للدراهمِ هو الواقفُ؛ لا يجوزُ، وإنْ كانَ شريكُه؛ جازَ. لأنَّ الواقفَ مُشْتَرٍ لا بائعٌ، فكأنَّه اشترى بعضَ نصيبِ

(١) ما بين المعقوفتين زيادة من: (ن)، و(م)، و(ق).
(٢) ما بين المعقوفتين زيادة من: (ن)، و(م)، و(ق).
(٣) وقع بالأصل: (وهو)، والمثبت من: (ن)، و(م)، و(ق).
(٤) وقع بالأصل: (هي لواحد)، والمثبت من: (ن)، و(م)، و(ق).

أَمَّا [٢٤٥/و] امْتِنَاعُ التَّمْلِيكِ ؛ فَلِمَا بَيَّنَّا.

وَأَمَّا جَوَازُ الْقِسْمَةِ فَلِأَنَّهَا تَمْيِيزٌ وَإِفْرَازٌ، غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّ الْغَالِبَ فِي غَيْرِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ مَعْنَى الْمُبَادَلَةِ، إِلَّا أَنَّ فِي الْوَقْفِ جَعَلْنَا الْغَالِبَ مَعْنَى الْإِفْرَازِ نَظَرًا لِلْوَقْفِ ؛ فَلَمْ يَكُنْ بَيْعًا وَتَمْلِيكًا ؛ ثُمَّ إِنَّ وَقَفَ نَصِيبَهُ مِنْ عَقَارٍ مُشْتَرَكٍ فَهُوَ الَّذِي يُقَاسِمُ شَرِيكَهُ ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ لِلْوَاقِفِ وَبَعْدَ الْمَوْتِ إِلَىٰ وَصِيِّهِ.

وَإِنْ وَقَفَ نِصْفَ عَقَارٍ خَالِصٍ لَهُ فَالَّذِي يُقَاسِمُهُ الْقَاضِي أَوْ يَبِيعُ نَصِيبَهُ الْبَاقِي مِنْ رَجُلٍ، ثُمَّ يُقَاسِمُهُ الْمُشْتَرِي ثُمَّ يَشْتَرِي ذَلِكَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْوَاحِدَ لَا

غاية البيان

شَرِيكِه فوقَفَه.

قولُه: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَشَاعًا...). إلىٰ آخرِه. استثناءٌ مِن قولِه: (لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، وَلَا تَمْلِيكُهُ) لأن المقاسمةَ فيها معنىٰ المُبادَلةِ غالبٌ في العَقارِ، والبيعُ مُبادَلةٌ، فصحَّ الاستثناءُ.

قولُه: ([أَمَّا][1] امْتِنَاعُ التَّمْلِيكِ ؛ فَلِمَا بَيَّنَّا)، إشارةٌ إلىٰ ما ذكر في أوائلِ كتابِ الوَقْفِ[2] مِن قولِه ﷺ لعُمَر ـ رَضِيَ اللهُ تعالى عَنه ـ: «تَصَدَّقْ بِأَصْلِهَا، لَا تُبَاعُ، وَلَا تُورَثُ، وَلَا تُوهَبُ»[3].

ويَجُوزُ أن يَكُونَ إشارةً إلىٰ قولِه: (لَهُمَا: أَنَّ مُوجِبَ الوَقْفِ: زَوَالُ المِلكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ) عندَ قولِه [٢/٤٦و]: (وَلَا يَتِمُّ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ [وَمُحَمَّدٍ][4]، حَتَّىٰ يَجْعَلَ آخِرَهُ بِجِهَةٍ لَا تَنْقَطِعُ أَبَدًا).

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «أوائل كتب الفقه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ مُقَاسِمًا وَمُقَاسَمًا، وَلَوْ كَانَ فِي الْقِسْمَةِ فَضْلُ دَرَاهِمَ إِنْ أُعْطِيَ الْوَاقِفُ لَا يَجُوزُ لِامْتِنَاعِ بَيْعِ الْوَقْفِ، وَإِنْ أَعْطَى الْوَاقِفُ جَازَ وَيَكُونُ بِقَدْرِ الدَّرَاهِمِ شِرَاءً.

قَالَ: الْوَاجِبُ أَنْ يَبْتَدِئَ مِنِ ارْتِفَاعِ الْوَقْفِ بِعِمَارَتِهِ، شَرَطَ ذَلِكَ الْوَاقِفُ، أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ؛ لِأَنَّ قَصْدَ الْوَاقِفِ صَرْفُ الْغَلَّةِ مُؤَبَّدًا، وَلَا تَبْقَى دَائِمَةً إِلَّا

غاية البيان

[قولُه: (إِنْ أُعْطِيَ الْوَاقِفُ) على صيغةِ المبْنِيِّ للمفعولِ][1].

قولُه: (وَإِنْ أَعْطَى جَازَ[2]) على صيغةِ المبْنِيِّ للفاعلِ.

قولُه: (قَالَ: الْوَاجِبُ أَنْ يَبْتَدِئَ مِنِ ارْتِفَاعِ الْوَقْفِ بِعِمَارَتِهِ، شَرَطَ ذَلِكَ الْوَاقِفُ، أَوْ لَمْ يَشْتَرِطْ)، أي: قال القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «مختصره»[3].

اعلم: أن البِدَاءةَ بعِمَارةِ [٥/٤١ظ/م] رقبةِ الوَقْفِ واجبٌ مِن غَلَّةِ الوَقْفِ، سواءٌ في ذلك شَرْطُ الوَاقِفِ ذلك وعدمُه؛ لأن المَقْصُودَ مِن الوَقْفِ: تَحصيلُ الثوابِ دائمًا بالصدقةِ الدائمةِ بِالغَلَّةِ، ولا يُمْكِنُ التصَدُّقُ دائمًا بِالغَلَّةِ بدونِ العِمَارةِ، فكانت العِمَارةُ مشروطةً اقتضاءً؛ ضرورةَ التصَدُّق دائمًا.

ثم الوَقْفُ لا يخلو مِن أحدِ الأمرينِ: إمَّا إنْ كان على الفقراءِ، أوْ على واحدٍ بعَيْنِه، ثم بعدَه إلى الفقراءِ.

ففي الأوَّلِ: تَجبُ العِمَارةُ مِن الغَلَّةِ لغيرِهم، وعدمُ تعَيُّنِهم.

وفي الثاني: مِن مالِ الموقوفِ عليه؛ لأنه مُعَيَّنٌ، سواءٌ كان مِن الغَلَّةِ، أوْ مِن غيرِها، هذا في حياتِه، أمَّا إذا مات؛ فمِن الغَلَّةِ، ثم العِمَارةُ لا تُزَادُ على قَدْرِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «أَعْطَى جَازَ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِي» [ص/ ١٢٧].

بِالْعِمَارَةِ، فَيَثْبُتُ شَرْطُ الْعِمَارَةِ اقْتِضَاءً؛ وَلِأَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمانِ وَصَارَ كَنَفَقَةِ الْعَبْدِ الْمُوصَىٰ بِخِدْمَتِهِ، فَإِنَّهَا عَلَى الْمُوصَىٰ لَهُ بِهَا.

غاية البيان

الوَقْفِ، وعلىٰ صفَتِه أوَّلًا؛ لأن الصرفَ إلىٰ العِمَارةِ لضرورةِ أن يَكُونَ الوَقْفُ باقيًا دائمًا، ولا ضرورةَ فيما زاد علىٰ ذلك، ولأن صَرْفَ الغَلَّةِ إلىٰ الموقوفِ عليه واجبٌ، والزيادةُ في العِمارةِ ليست بواجبةٍ، فلا يَجُوزُ تَرْكُ الواجبِ إلىٰ غيرِ الواجبِ بلا رِضًا مُسْتَحِقِّ الغَلَّةِ، هذا إذا كان الموقوفُ عليه مُعيَّنًا.

أَمَّا إذا كان وقْفًا علىٰ الفقراءِ: ففيه اختلافُ المشايخِ، فقيل: لا تجوزُ الزيادةُ لِمَا قلنا، وهو الأصحُّ، وقيل: تجوزُ الزيادةُ؛ بأنْ يَكُونَ الثاني زائدًا علىٰ الأوَّلِ.

قولُه: (وَلِأَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمانِ)، **معناه**: الغَلَّةُ بسببِ أنْ ضَمِنْتَ[1]، وقد مَرَّ بيانُه في كتابِ اللَّقِيطِ، **يعني**: لَمَّا كان غَلَّةُ الوَقْفِ للموقوفِ [عليه][2]؛ كانت العِمارةُ أيضًا عليه، فإنْ كان الوَقْفُ علىٰ مُعَيَّنٍ؛ ففي مالِه مطلقًا، وإنْ كان علىٰ فقراءَ وأقربُ أموالِهم الغَلَّةُ؛ ففيها.

وحدَّثَ أبو عُبَيْدٍ في كتابِ «**غريب الحديث**»[3]: عن مَرْوَانَ الْفَزارِيِّ، عن ابْنِ أَبِي ذِئْبٍ، عن مَخْلَدِ بْنِ خُفَافٍ، عن عُرْوَةَ، عن عَائِشَةَ - رَضِيَ اللهُ تعالى عَنْهَا - عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ: «**قَضَىٰ أَنَّ الْخَرَاجَ بِالضَّمانِ**»[4].

---

(١) هكذا ضبطه في: «غ». وهو ضبْطٌ صحيح.

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م». وفي «غ»: «للموقوف عليهم».

(٣) ينظر: «غريب الحديث» لأبي عبيد [٢/٣٤٣/طبعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية].

(٤) أخرجه: أبو داود في كتاب الإجارة/ باب فيمن اشترىٰ عبدًا فاستعمله ثم وجد به عيبًا [رقم/ ٣٥٠٨]، والترمذي في كتاب البيوع/ باب ما جاء فيمن يَشْتَرِي العبد ويستغله ثم يجد به عيبًا [رقم/ ١٢٨٥]، والنسائي في «سننه» في كتاب البيوع/ باب الخراج بالضمان [رقم/ ٤٤٩٠]، وابن ماجه في كتاب التجارات/ باب الخراج بالضمان [رقم/ ٢٢٤٣]، وغيرهم من حديث: عائشة رضي الله عنها به نحوه. وهذا لفْظ الترمذي. =

ثُمَّ إِنْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْفُقَرَاءِ لَا يُظْفَرُ بِهِمْ، وَأَقْرَبُ أَمْوَالِهِمْ: هذه الْغَلَّة فَيَجِبُ فِيهَا. وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى رَجُلٍ بِعَيْنِهِ وَآخِرُهُ لِلْفُقَرَاءِ فَهُوَ فِي مَالِهِ: أَيُّ مَالٍ شَاءَ فِي حَالِ حَيَاتِهِ. وَلَا يُؤْخَذُ مِنَ الْغَلَّةِ؛ لِأَنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَيْهِ مُعَيَّنٌ يُمْكِنُ مُطَالَبَتُهُ، وَإِنَّمَا يَسْتَحِقُّ الْعِمَارَةَ عَلَيْهِ بِقَدْرِ مَا يَبْقَى الْمَوْقُوفُ عَلَى الصِّفَةِ الَّتِي وَقَفَهُ.

غاية البيان

قال أبو عُبيدٍ: «معناه ـ والله تعالى أعلم ـ: رَجُلٌ يَشْتَرِي المملوكَ فيَسْتَغِلُّه، ثم يَجِدُ به عيْبًا كان عندَ البائع، فقَضَى[1] أنه يَرُدُّ العبدَ على البائعِ بالعيبِ، ويَرْجعُ بالثمنِ فيأخُذُه، وتكونُ له الغَلَّةُ طَيِّبةً، وهو الخَرَاجُ، وإنما طابت له الغَلَّةُ؛ لأنه كان ضامِنًا للعبدِ، ولو مات مات مَن مالِ المُشْتَرِي؛ لأنه في يدِه»[2] إلى هنا لفْظُ أبي عُبيدٍ.

قولُه: (لَا يُظْفَرُ بِهِمْ) أي: بالفقراءِ [٥/٤٢و/م]، والظَّفَرُ: الفوزُ، وإنما لَمْ يُظْفَرْ بهم؛ لأنهم لا يُحْصَونَ.

قولُه: (وَأَقْرَبُ أَمْوَالِهِمْ: هَذِهِ الْغَلَّةُ)، وهذا لأنه لا مالَ للفقراءِ؛ لأنَّ الفقيرَ عديمُ المِلْكِ، ولكنَّ مالَ اللهِ تعالى غادٍ ورَائحٌ، فيُمْكِن أنْ يحْصُلَ لهم مالٌ، لكنه ليس بظاهرٍ حصولُه، وأقربُ ما يحْصُلُ لهم مِن المالِ: غَلَّةُ الوَقْفِ، (فَيَجِبُ فِيهَا) أي: يَجِبُ الابتداءُ بالعِمارةِ في الغَلَّةِ.

قولُه: (وَلَا يُؤْخَذُ مِنَ الْغَلَّةِ)، أي: لا يُؤْخَذُ منها حَتْمًا، وإنما قَيَّدْنا به؛ لئَلَّا

= قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

وقال ابنُ حجر: «ضعَّفه البخاريُّ، وأبو داود، وصحَّحه الترمذي، وابنُ خزيمة، وابنُ الجارود، وابنُ حبان، والحاكم، وابنُ القطان». ينظر: «بلوغ المرام» لابن حجر [ص/ ٢٤١].

(١) وقع بالأصل: «يقْضِي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «غريب الحديث» لأبي عبيد [٢/٣٤٣/طبعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية].

(٢) ينظر: «غريب الحديث» لأبي عبيد [٣/٣٧].

وَإِنْ خَرِبَ يَبْنِي عَلَى ذَلِكَ الْوَصْفِ ؛ لأَنَّهَا بِصِفَتِهَا صَارَتْ غَلَّتُهَا مَصْرُوفَةً إِلَى الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ. فَأَمَّا الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ فَلَيْسَتْ بِمُسْتَحَقَّةٍ وَالْغَلَّةُ مُسْتَحَقَّةٌ لَهُ ؛ فَلَا يَجُوزُ صَرْفُهَا إِلَى شَيْءٍ آخَرَ إِلَّا بِرِضَاهُ، وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْفُقَرَاءِ فَكَذَلِكَ عِنْدَ الْبَعْضِ ، وَعِنْدَ الْآخَرِينَ يَجُوزُ ذَلِكَ ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الصَّرْفَ إِلَى الْعِمَارَةِ ضَرُورَةُ إِبْقَاءِ الْوَقْفِ ، وَلَا ضَرُورَةَ فِي الزِّيَادَةِ.

وَإِنْ وَقَفَ دَارًا عَلَى سُكْنَى وَلَدِهِ ؛ فَالْعِمَارَةُ عَلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى ؛ لِأَنَّ

غاية البيان

يَلْزَمَ التناقُضُ في كلامِ المصنِّفِ ؛ لأنه قال: (وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى رَجُلٍ بِعَيْنِهِ، وَآخِرُهُ لِلْفُقَرَاءِ ؛ فَهُوَ فِي مَالِهِ) أيَّ مالٍ شاء في حالِ حياتِه، ومِن جملةِ مالِه: غَلَّةُ الوَقْفِ ؛ لأنها تُصْرَفُ له، فإذَنْ يَجوزُ أن يُسْتَرَمَّ الوَقْفُ بِالغَلَّةِ، كما يَجُوزُ بمالٍ آخرَ، فيتناقَضُ [٢/٤٦ظ] [كلامُه][1] بالإطلاقِ [في قولِه][1]: (وَلَا يُؤْخَذُ مِنَ الْغَلَّةِ) فلا بُدَّ مِن التقييدِ ؛ لارتفاعِ التناقُضِ.

قولُه: (فَأَمَّا الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ)، أي: على الصفةِ التي وقَفَه الوَاقِفُ بتلك الصفةِ.

قولُه: (فَلَيْسَتْ بِمُسْتَحَقَّةٍ)، أي: بواجبةٍ.

قولُه: (وَالْغَلَّةُ مُسْتَحَقَّةٌ لَهُ)، أي: واجبةٌ للموقوفِ عليه.

قولُه: (وَلَوْ كَانَ الْوَقْفُ عَلَى الْفُقَرَاءِ فَكَذَلِكَ). [أي][1]: لا تَجُوزُ الزيادةُ [في البناءِ][1] على الصفةِ التي وقَفَهُ الوَاقِفُ.

قولُه: (وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ)، أي: عدمُ [جوازِ][1] الزيادةِ في البناءِ أصحُّ مما قال البعضُ مِن جوازِها، إذا كان الوَقْفُ على الفقراءِ لا على رَجُلٍ بعَيْنِه.

قولُه: (وَإِنْ وَقَفَ دَارًا عَلَى سُكْنَى وَلَدِهِ ؛ فَالْعِمَارَةُ عَلَى مَنْ لَهُ السُّكْنَى)، هذا

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

الْخَرَاجَ بِالضَّمَانِ عَلَىٰ مَا مَرَّ؛ فَصَارَ كَنَفَقَةِ الْعَبْدِ الْمُوصَىٰ بِخِدْمَتِهِ.

فَإِنِ امْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ، أَوْ كَانَ فَقِيرًا آجَرَهَا الْحَاكِمُ وَعَمَّرَهَا بِأُجْرَتِهَا، فَإِذَا عَمَّرَهَا رَدَّهَا إِلَىٰ مَنْ لَهُ السُّكْنَىٰ؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ رِعَايَةَ الْحَقَّيْنِ: حَقَّ الْوَاقِفِ، وَحَقَّ صَاحِبِ الدَّارِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُعَمِّرْهَا يَفُوتُ السُّكْنَىٰ أَصْلًا وَرَأْسًا، وَالْأَوَّلُ أَوْلَىٰ، ....

غاية البيان

لَفْظُ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَىٰ في «**مختصره**»[1]، وذلك لأنه هو المنتَفِعُ به، فكانت المُؤْنَةُ عليه، كالمُوصَىٰ له بخدمةِ العبدِ، فتكونُ نفقتُه عليه، فما أحسنَ المَثَلَ فيه: وَلِّ حَارَّهَا مَنْ تَوَلَّىٰ قَارَّهَا[2].

قال القُدُورِيُّ فيه: «فإنِ امتنَع مِن ذلك، أوْ كان فقيرًا؛ آجَرَها الحاكمُ وعَمَرَها بأُجْرَتِها، فإذا عَمَرَها؛ ردَّها إلىٰ مَن له السُّكْنَىٰ»[3]، وذلك لأنه لو لَمْ يَعْمُرْها؛ يَبْطُلُ الحَقَّانِ: حقُّ الوَاقِفِ ـ وهو التصَدُّقُ بالمنفعةِ ـ وحقُّ مَن له السُّكْنَىٰ، فإذا عُمِرَتْ؛ يَبْقَىٰ الحَقَّانِ جميعًا.

غايةُ ما في البابِ: أن في العِمَارةِ تأخيرَ حقِّ مَن له السُّكْنَىٰ، وتأخيرُ الحقِّ أَوْلَىٰ مِن إبطالِه.

قولُه: (وَالْأَوَّلُ أَوْلَىٰ)، أي: عِمَارةُ الحاكمِ الدارَ بالأُجْرةِ أَوْلَىٰ مِن تَرْكِ العِمارةِ؛ لأنه يُفْضِي إلىٰ استئصالِ حقِّ السُّكْنَىٰ، والأَوَّلُ[4]: يَقْتَضِي الثاني، وأراد بالثاني: تَرْكَ العِمارةِ الذي دلَّ عليه قولُه: **(لَوْ لَمْ** [٥/٤٢ظ/م] **يَعْمُرْهَا تَفُوتُ السُّكْنَىٰ)**.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٧].

(٢) يعني: إنما يتولَّىٰ إقامةَ الحَدِّ مَن يتولَّىٰ منافعَ الإمارة. والقارُّ: ضِدُّ الحارِّ. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٧].

(٤) أشار في حاشية: «غ» أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «ولفْظُ الأول».

وَلَا يُجْبَرُ الْمُمْتَنِعُ عَلَى الْعِمارةِ لِمَا فِيهِ مِنْ إتْلَافِ مَالِهِ، فَأَشْبَهَ امْتِنَاعَ صَاحِبِ الْبَذْرِ فِي الْمُزَارَعَةِ، وَلَا يَكُونُ امْتِنَاعُهُ رِضًا مِنْهُ بِبُطْلَانِ [٢٤٥/ظ] حَقِّهِ؛ لِأَنَّهُ فِي حَيِّزِ التَّرَدُّدِ، وَلَا تَصِحُّ إجَارَةُ مَنْ لَهُ السُّكْنَى؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ[١].

غاية البيان

قولُه: (وَلَا يُجْبَرُ الْمُمْتَنِعُ عَلَى الْعِمارةِ) ذكَرَ هذا تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ[٢]، أي: لا يُجْبَرُ الممتنعُ عن العِمارةِ مِن الموقوفِ عليهم على العِمارةِ، لِمَا في الإجبارِ عليها إلزامُ الضررِ، وهو إتلافُ المالِ بالنفقةِ على العِمارةِ، فله الامتناعُ عن الضررِ، كما إذا عقدَا عَقْدَ المزارعةِ وبَيَّنَا مَن عليه البَذْرُ، ثم امتنَع مَن عليه البَذْرُ مِن العملِ؛ لا يُجْبَرُ عليه؛ لئَلَّا يَلْزَمَ الضررُ، وهو إتلافُ مالِه.

ثم لا يَكُونُ الامتناعُ رضًا مِن الممتَنِعِ بِبُطْلانِ الحقِّ لترَدُّدٍ[٣] في الدلالةِ؛ لأنَّ امتناعَهُ يحتَمِلُ: أن يَكُونَ لعدمِ القدرةِ على العِمارةِ لعدمِ النفقةِ، ويَحْتَمِلُ: أن يَكُونَ لرجائِه إصلاحَ القاضي ومَرَمَّتِه، ويَحْتَمِلُ: أن يَكُونَ لإبطالِ حقِّهِ بالنزولِ عنه[٤]، فلَمَّا ترددَّتِ الدلالةُ؛ لَمْ يَثْبُتِ الرِّضا بالشكِّ، وهو معنَى قولِه: **(لِأَنَّهُ فِي حَيِّزِ التَّرَدُّدِ)**.

والحَيِّزُ في اللغةِ: الناحيةُ[٥].

قولُه: (وَلَا تَصِحُّ إجَارَةُ مَنْ لَهُ السُّكْنَى؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَالِكٍ) ذكَره تفريعًا لمسألةِ القُدُورِيِّ.

قال الأُسْتَرُوشَنِيُّ في «فصوله»: «الموقوفُ عليهم لا يَمْلِكونَ إجارةَ الوَقْفِ.

(١) زَادَ بعده فِي (ط): «امتناع صاحب البذر فِي المزارعة فَلَا يَكُون امتناعه رضا مِنْهُ ببطلان حقه لِأَنَّهُ فِي حيز».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٧].

(٣) وقع بالأصل: «لا تردد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٤) وقع بالأصل: «منه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٥) وقع بالأصل: «التراخي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَمَا انْهَدَمَ مِنْ بِنَاءِ الْوَقْفِ وَآلَتِهِ صَرَفَهُ الْحَاكِمُ فِي عِمَارَةِ الْوَقْفِ

غاية البيان

قال [الفقيهُ][1] أبو جعفرٍ: إنْ كان الأجرُ كلُّه للموقوفِ عليه، بأنْ كان [الوَقْفُ][2] لا يُسْتَرَمُّ، وغيرُه لا يَشْرَكُهُ في استحقاقِ الغَلَّةِ، فحينئذٍ يَجُوزُ، وهذا في الدُّورِ والحَوَانيتِ، وأمَّا الأراضي: فإن كان الوَاقِفُ شرَطَ تقديمَ العُشْرِ والخَرَاجِ وسائرِ المُؤَنِ؛ فليس للموقوفِ عليه أنْ يُؤَاجِرَها.

وأمَّا إذا لَمْ يَشْرِطْ ذلك: فيَجِبُ أن يَجُوزَ، ويَكُونَ الخَرَاجُ والمُؤْنَةُ عليه». إلىٰ هنا لَفْظُ كتابِ «الفصول»، ونقَلَه عن «فتاوىٰ ظهير الدين»، ثم قال فيه: «ورأيتُ في موضعٍ آخرَ[3]: أن إجازَةَ الموقوفِ عليه لا تَجُوزُ، وإنما يَمْلِكُها المُتوَلِّي والقاضي».

ومعنىٰ قولِ صاحبِ «الهداية»: (لِأَنَّهُ[4] غَيْرُ مَالِكٍ). أن الإجارةَ تمليكُ المنافعِ بِعِوَضٍ، والتمليكُ إنما يَتَحَقَّقُ مِن المالكِ، وهنا مَن له السُّكْنَىٰ ليس بمالكٍ للسُّكْنَىٰ، وإنما أُبِيحَتْ له منفعةُ السُّكْنَىٰ؛ ليحصُلَ الثوابُ للواقفِ [٢/٤٧و]، بخلافِ المستأجِرِ، فإنه يَجُوزُ له أن يُؤَاجِرَ العينَ المُسْتأجَرَةَ، إذا لَمْ يَكُنْ تَخْتلِفُ باختلافِ المُسْتعملِ؛ لأنه مالكٌ للمنفعةِ؛ بدليلِ أن العَيْنَ أُقِيمَتْ مقامَ المنفعةِ في ابتداءِ العقدِ، وفي الوَقْفِ لَمْ تَقُمِ العَيْنُ مقامَها، فظهَرَ الفرْقُ.

قولُه: (وَمَا انْهَدَمَ مِنْ بِنَاءِ الْوَقْفِ وَآلَتِهِ[5]؛ صَرَفَهُ الْحَاكِمُ فِي عِمَارَةِ الْوَقْفِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفصول» للْأُسْتَرُوشَنِيّ [ق٨٨/ب/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٧٢)].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفصول» للْأُسْتَرُوشَنِيّ [ق٨٨/ب/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٧٢)].

(٣) في «الفصول»: «في مواضِع أُخَر». ينظر: «الفصول» للْأُسْتَرُوشَنِيّ [ق٨٨/ب/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٧٢)].

(٤) وقع بالأصل: «أنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٥) وقع بالأصل: «وإليه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

إِنِ احْتَاجَ، وَإِنِ اسْتَغْنَى عَنْهُ أَمْسَكَهُ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى عِمَارَتِهِ؛ فَيَصْرِفُهُ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ الْعِمَارَةِ؛ لِيَبْقَى عَلَى التَّأْبِيدِ فَيَحْصُلَ مَقْصُودُ الْوَاقِفِ. فَإِنْ مَسَّتِ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ فِي الْحَالِ صَرَفَهَا فِيهَا، وَإِلَّا أَمْسَكَهَا حَتَّى لَا يَتَعَذَّرَ عَلَيْهِ ذَلِكَ أَوَانَ الْحَاجَةِ فَيَبْطُلَ الْمَقْصُودُ، فَإِنْ تَعَذَّرَ إِعَادَةُ عَيْنِهِ إِلَى مَوْضِعِهِ بِيعَ وَصُرِفَ ثَمَنُهُ إِلَى الْمَرَمَّةِ صَرْفًا لِلْبَدَلِ إِلَى مَصْرِفِ الْمُبْدَلِ.

غاية البيان

إِنِ احْتَاجَ، وَإِنِ اسْتَغْنَى عَنْهُ أَمْسَكَهُ حَتَّى يَحْتَاجَ إِلَى عِمَارَتِهِ؛ فَيَصْرِفُهُ فِيهَا)، **اعلم**: أن النُّقْضَ يُصْرَفُ إلى العِمارةِ إنِ احتاج الوَقْفُ إلى العِمارةِ، وإلا يُحْفَظُ إلى وَقْتِ الحاجةِ إليها، فيُصْرَفُ فيها [٥/٤٣و/م]، وذلك لأن المَقْصُودَ مِن الوَقْفِ: [هو][1] تحصيلُ الثوابِ أبدًا، وهو لا يَكُونُ إلا بِالعِمارةِ، فلا بُدَّ مِن العِمارةِ حينئذٍ، ثم الوَقْفُ إنِ احتاج إليها؛ صَرَفَ النُّقْضَ فيها، وإلا يُمْسِكُه إلى أنْ يَحْتاجَ، كَيْلَا تَتَعَذَّرَ العِمارةُ وَقْتَ الحاجةِ، فيَبْطُلُ المَقْصُودُ مِن الوَقْفِ.

قال القُدُورِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى **في «مختصره»**: «ولا يَجُوزُ أنْ يَقْسِمَه بينَ مُسْتَحِقِّي[2] الوَقْفِ»[3].

قال صاحبُ «الهداية»: (يَعْنِي: النُّقْضَ) وإنما لَمْ يَجُزْ للحاكمِ أنْ يقْسِمَ النُّقْضَ بينَ المسْتَحِقِّين الوَقْفَ؛ لأنهم لا حقَّ لهم في رقبةِ الوَقْفِ، وإنما حقُّهم في المنافعِ والغَلَّةِ، والنُّقْضُ جُزْءٌ مِن نفْسِ الموقوفِ، وهو حقُّ اللهِ تعالى، فلا يَجُوزُ للحاكمِ أن يدْفَعَ إليهم حقَّ غيرِهم.

والنُّقْضُ ــ بضمِّ النون ــ[4]: اسمُ البناءِ الْمَنْقُوضِ، كذا في **«ديوان**

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «مستحق». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر القُدُوري».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٨].

(٤) وبعض العلماء يَقْتَصِرُ على الكسر، ويَمْنَع الضم. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [٢/ ٦٢١/مادة: نقض]

ولا يَجُوزُ أَنْ يَقسِمَهُ يَعْنِي: النَّقْضَ بَيْنَ مُسْتَحِقِّي الْوَقْفِ؛ لِأَنَّهُ جُزْءٌ مِنَ الْعَيْنِ وَلَا حَقَّ لِلْمَوْقُوفِ عَلَيْهِمْ فِيهِ: إِنَّمَا حَقُّهُمْ فِي الْمَنَافِعِ، وَالْعَيْنُ حَقُّ اللهِ تَعَالَىٰ، وَلَا يُصْرَفُ إِلَيْهِمْ غَيْرُ حَقِّهِمْ.

فَإِنْ جَعَلَ الْوَاقِفُ غَلَّةَ الْوَقْفِ لِنَفْسِهِ، أَوْ جَعَلَ الْوِلَايَةَ إِلَيْهِ جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ.

الأدب»[1].

يُقالُ: رَمَّ البناءَ يَرُمُّهُ رَمًّا [ومَرَمَّةً][2]؛ إذا أصلَحه.

قولُه: (بَيْنَ مُسْتَحِقِّي الْوَقْفِ) بلَفْظِ الجمْعِ، وقد سقطَتِ النونُ بالإضافةِ.

قولُه: (فَإِنْ جَعَلَ الْوَاقِفُ غَلَّةَ الْوَقْفِ لِنَفْسِهِ، أَوْ جَعَلَ الْوِلَايَةَ إِلَيْهِ؛ جَازَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى) هذا لفْظُ القُدُورِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في «مختصره»[3].

وهنا فَصْلانِ أحدُهما: شرْطُ الغَلَّةِ لنفْسِه، والثاني: شَرْطُ الولايةِ له.

أمَّا الفصلُ الأوَّلُ: فقد قال في «الأجناس»: «قال في «كتاب الحج» لعيسىٰ بنِ أبانَ: إذا وَقَفَ علىٰ نفْسِه؛ لا يَجُوزُ[4] في قولِ محمدِ بنِ الحسنِ، وقال أبو يوسفَ: يَجُوزُ».

ونقَلَ في «الأجناس» أيضًا: عن «وَقْفِ هلالِ بنِ يَحيىٰ البَصْرِيِّ»[5]: لو قال:

(١) لَمْ نظفر بهذا النقل في مظانه في المطبوع مِن: «ديوان الأدب». وينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢/٣٢٢].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٨].

(٤) وقع بالأصل: «لا يكون». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الأجناس» لأبي العباس النَّاطِفِيّ [ق٢٠٥/ب/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٧١)].

(٥) ينظر: «أحكام الوقف» لهِلَال الرَّأْي [ص/ ٧١].

قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ذَكَرَ فَصْلَيْنِ: شَرْطَ الْغَلَّةِ لِنَفْسِهِ، وَجَعْلَ الْوِلَايَةِ إِلَيْهِ.

غاية البيان

أرضي صدقةٌ موقوفةٌ على [نفسي؛ كان الوَقْفُ باطلًا، وكذلك لو قال: صدقةٌ موقوفةٌ على أن غَلَّتَها][1] لي ما عِشْتُ؛ لا يَجُوزُ الوَقْفُ، وكذلك لو قال: صدقةٌ موقوفةٌ عَلَيَّ وعلى ولَدِي ونَسْلِي؛ الوَقْفُ باطلٌ».

وقال **الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»**: «ومشايخُ بلْخَ أخذُوا بقولِ أبي يوسفَ، والصدرُ الشهيدُ كان يُفْتِي به أيضًا؛ ترغيبًا للناسِ في الوَقْفِ»[2].

وقال **في «وَجِيزهم»**: «ولا يجوزُ الوَقْفُ على نفْسِه[3]؛ إذْ لا يَتَجَدَّدُ له إلا منْعُ التصرُّفِ» ثم قال فيه: «وفيه وَجْهٌ أنه يَجُوزُ»[4].

وجملةُ القولِ هنا: ما قال شيخُ الإسلامِ **في «مبسوطه»**: «ومِنْ شَرْطِ صحَّةِ الوَقْفِ عندَ محمدٍ وهِلَالِ الرَّأْيِ: ألَّا يَشْتَرِطَ الوَاقِفُ لنَفْسِه شيئًا، ومتى شَرَطَ لنَفْسِه شيئًا؛ بَطَلَ الوقفُ عندَ محمدٍ وهِلَالِ الرَّأْيِ[5].

وقال [٥/٤٣ظ/م] **أبو يوسفَ**: لا يَبْطُلُ الوقفُ متى شرَطَ لنفْسِه شيئًا، فأَمَّا إذا شَرَطَ الكلَّ لنفسِه ما دام حيًّا، ثم على الفقراءِ؛ فإنه يَجِبُ أن يَكُونَ على هذا الخلافِ. هكذا ذَكَر الفقيهُ أبو جعفرٍ الهِنْدُوَانِيُّ، وكذلك على هذا الخلافِ إذا شرَطَ الكلَّ، أوْ شيئًا منه لمُدَبَّرِيه، أوْ أمهاتِ أولادِه، فالمسألةُ على هذا الاختلافِ». هكذا

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الأجناس» لأبي العباس النَّاطِفِيّ [ق٢٠٤/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٧١)].

(٢) ينظر: «الفتاوَى الْوَلْوَالِجيَّة» [١٠٣/٣].

(٣) في «الوجيز»: «ولا يجوز الوقف على نفسه (م)...». ويعني بـ: (م): الرمزَ به إلى الإمام مالك. كما نصَّ على ذلك في المقدمة. ينظر: «الوجيز/ مع شرح الرافعي» للغزالي [٥/١].

(٤) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٢٥٥/٦].

(٥) ينظر: «أحكام الوقف» لهِلَال الرَّأْي [ص/ ١٠].

. . . .

أورَدَه شيخُ الإسلامِ.

وقال صاحبُ «الهداية»: (**قِيلَ: إنَّ الِاخْتِلَافَ إِذَا شَرَطَ الْكُلَّ أَوْ شَيْئًا مِنْهُ لِمُدَبَّرِيهِ** [٤٧/٢ظ]، **أَوْ أُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ بَيْنَهُمَا**)، **أي**: بينَ أبي يوسفَ ومحمدٍ، (**بِنَاءً عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ وَالْإِفْرَازِ**)، **يعني**: أن عندَ أبي يوسفَ: لا يُشْتَرطُ ذلك؛ خلافًا لمحمَّدٍ، فلا جَرَمَ أبو يوسفَ صحَّحَ شَرْطَ الغَلَّةِ لنَفْسِه؛ لأنه لا يَشْتَرِطُ القبضَ والإفرازَ، ومحمدٌ لَمْ يُصَحِّحْهُ؛ لأنه يَشْتَرِطُ القبضَ والإفرازَ، وقيل: بل الاختلافُ هنا وقَع ابتداءً.

وَجهُ قولِ محمدٍ: القياسُ على الصدقةِ المُنَفَّذَةِ.

بيانُه: أنه لو جعَلَ شيئًا منها أو الكلَّ لنَفْسِه؛ لا يَجُوزُ؛ لعدمِ الفائدةِ؛ لأنه يَكُونُ مُمَلِّكًا مِلْكَه مِن نفْسِه، فكذا في الصدقةِ الموقوفةِ، **أَلَا تَرَىٰ** أنه لو جعَلَ أرضَه مسجدًا، أوْ جعَل شيئًا مِن المسجدِ لنَفْسِه؛ لَمْ يَصِحَّ، فكذا هنا، وكذا إذا شرَطَ لأمَّهاتِ أولادِه ومُدَبَّرِيه؛ لأنهم مِلْكُه، وشَرْطُه لهم كشَرْطِه لنَفْسِه.

ووَجهُ قولِ أبي يوسفَ: ما روىٰ زيدُ بنُ ثابتٍ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنه -: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَأْكُلُ مِنْ صَدَقَتِهِ»[1]. والمرادُ به: الصدقةُ الموقوفةُ، ذكَرَ الحديثَ: شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في «**مبسوطه**».

ثم أكْلُ الوَاقِفِ لا يَخْلُو مِن أحدِ الأَمْرَينِ: إمَّا أنْ يَكُونَ بشَرْطٍ أو لا، والثاني: لا يَحِلُّ بالإجماعِ، فتَعَيَّنَ الأوَّلُ، فدلَّ على صحَّةِ الشرطِ، وعُمَرُ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنه -

---

(١) **قال الزيلعي**: «غَرِيبٌ». وقال العيني: «لَمْ يصح» وقال ابنُ حجر: «لَمْ أجِدْه، ويُمْكِن أن يكون المراد: أنه ﷺ كان يأكل مِن الأراضي التي قال فيها: ما تركْتُ بعدي فهو صَدَقة». ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [٤٧٩/٣]، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [١٤٦/٢]. و«البناية شرح الهداية» للبدر العيني [٤٤٩/٧].

....

قال: «لَا جُنَاحَ عَلَىٰ مَنْ وَلِيَهَا أَنْ يَأْكُلَ مِنْهَا بِالمَعْرُوفِ»(1). كذا ذَكَر التِّرْمِذِيُّ في «جامعه».

قالوا: إن عُمَرَ - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْه - كان وَلِيَ أمْرَ صدقتِهِ حالَ حياتِه، وإنما فوَّضَ إلىٰ ابنتِه حَفْصَةَ أُمِّ المؤمنين بعدَ وفاتِه - رَضِيَ اللهُ تعَالى عَنْهَا -.

فدَلَّ قولُه: «لَا جُنَاحَ...». إلىٰ آخرِه، أن ما يَشترِطُ الوَاقِفُ لنفْسِه صحيحٌ، أَلَا تَرىٰ أنه لو جَعَل أرضَه خانًا لنزولِ المارَّةِ، وشرَطَ أنْ ينْزِلَ هو أيضًا، أوْ جَعَل سِقَايةً ليشْرَبَ منها الناسُ، وشَرَطَ أنْ يَشْرَبَ هو أيضًا منها، أوْ جعَلَ أرضَه مَقْبَرَةً لدَفْنِ المسلمين، وشَرَطَ أنْ يُدْفَنَ هو فيها إذا مات؛ صحَّ الوَقْفُ، فإنِ اشتَرَط المنفعةَ لنفْسِه، فكذا فيما نحن فيه.

تحقيقُه: أن المِلْكَ في العَيْنِ زال إلىٰ اللهِ تعالىٰ، وهو لَمْ يَشْتَرِط أنْ يَكُونَ المِلْكُ له في العَيْنِ، وإنما شرَطَ مِن المنفعةِ والغَلَّةِ، فإذا كان المِلْكُ في العَيْنِ زائلًا إلىٰ اللهِ تعالىٰ؛ كان المنفعةُ والغَلَّةُ حادِثةً علىٰ مِلْكِه تعالىٰ، فجاز شَرْطُ ذلك لنفْسِه، كما [٥/٤٤و/م] جاز لغيرِه؛ لأنه لا يَلْزَمُ حينئذٍ تمليكُ مِلْكِ نفسِه مِن نفسِه، كما في الخَانِ والمَقْبَرَةِ والسِّقَايةِ.

لا يُقَالُ: القياسُ علىٰ الخَانِ ونحوِه لا يَصِحُّ؛ لأنه يَدْخُلُ الوَاقِفُ فيما وَقَفَ مِن الخَانِ ونحوِه بلا شَرْطٍ، ومعَ الشرطِ أَوْلَىٰ، [و](2) في تمليكِ الغَلَّةِ [لا يَدْخُلُ الوَاقِفُ فيما وَقَف مِن غيرِ شَرْطٍ، فكذا معَ الشرطِ.

---

(1) أخرجه: الترمذي في كتاب الأحكام/ باب في الوقف [رقم/ ١٣٧٥]، وغيره من حديث: ابن عُمَر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. والحديثُ في «الصحيحين»، وقد مضىٰ تخريجه.

(2) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

لِأَنَّا نَقُولُ: الوَاقِفُ لا يَدْخُلُ فيما وَقَفَ مِن غيرِ شَرْطٍ في المَقِيسِ والمَقِيسِ عليه جميعًا، إلا أن في الخَانِ ونحوه ثبَتَ الشرطُ عُرْفًا، والمعروفُ بالعُرْفِ كالمشروطِ بالشرطِ، بخلافِ تمليكِ الغَلَّةِ][1]؛ فإنه لا عُرْفَ ثَمَّةَ، فاحْتِيجَ إلىٰ الشرطِ صريحًا؛ ليدْخُلَ الوَاقِفُ، ثم إذا شُرِطَ الوَاقِفُ أنْ يستبْدِلَ بأرضِ الوَقْفِ أرْضًا أُخرىٰ، فهل يَجُوزُ ذلك أمْ لا؟

فقد نقَل في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» عن «السِّيَر الكبير»[2]: أن استبدالَ الوَقْفِ باطلٌ، إلا[3] روايةً عن أبي يوسفَ.

وقال في الفصلِ الثالثِ مِن كتابِ الوَقْفِ في «خلاصة الفتاوىٰ»: «إذا شرَطَ في أصلِ الوَقْفِ: أن يَسْتَبْدِلَ به أرضًا أُخرىٰ إذا شاء ذلك، فيَكُونُ وقْفًا مكانَها، فالوقفُ والشرطُ جائزان عندَ أبي يوسفَ، وكذا لو شرَطَ أنْ يَبِيعَها ويَسْتَبْدِلَ بثمَنِها مكانَها، وعندَ محمدٍ وهلالٍ: الوَقْفُ جائزٌ، والشرطُ باطلٌ».

ثم قال: «وفي «واقعاتِ فخرِ الدينِ قاضي خان»: «قولُ هلالٍ معَ قولِ أبي يوسفَ»، قال[4]: «قال: وعليه الفَتْوَىٰ؛ لأن هذا شرْطٌ لا يُبْطِلُ الوَقْفَ؛ لأنَّ الوَقْفَ يَحتَمِلُ الانتقالَ مِن أرضٍ إلىٰ أرضٍ، فإن أرضَ الوَقْفِ إذا غَصَبَها غَاصِبٌ، وأجرَىٰ عليها الماءَ حتىٰ صارَتْ بحرًا لا تَصْلُحُ للزراعةِ؛ يَضْمَنُ قيمتَها [٢/٤٨و]، ويَشْتَرِي[5] بقيمَتِها أرضًا أُخرىٰ، فتَكُونُ الثانيةُ وقْفًا مكانَها، وكذا أرضُ الوَقْفِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) ينظر: «السِّيَر الكَبِير/ مع شرْح السرخسي» لمحمد بن الحسن [٥/٢٥٧].

(٣) وقع بالأصل: «لا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٤) **القائل**: هو افتخار الدين البخَارِيّ. كما يظهر مِن كلامه في: «خلاصة الفتاوىٰ» [ق٤٢٥/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٥) وقع بالأصل: «ثم قال: ويَشْتَرِي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

....

إذا قلَّ نُزُلُها بآفةٍ، فصارَتْ بحيثُ لا تَحْتَمِلُ الزراعةَ، ولا تفْضُلُ غلَّتُها مِن مُؤْنَتِها، ويكونُ صلاحُ الأرضِ في الاستبدالِ بأرضٍ أُخرىٰ».

وقال النَّاطِفِيُّ في «الأجناس»: «وإنْ شرَطَ في وَقْفِه أنه بالخيارِ في بَيْعِ ذلك الوَقْفِ، وأنْ يُجْعَلَ ثمنُها في وَقْفٍ أفضلَ منه؛ جازَ، وله بَيْعُهُ»[1].

ثم قال: «ذكَره في كتابِ الزكاةِ، إملاءُ روايةِ أبي سليمانَ الْجُوزَجانِيِّ».

ثم قال: «وذكَر الْأَنْصارِيُّ[2] في «وَقْفِه»: له الشرطُ، لكنْ لا يَبِيعُها إلا بإذْنِ الحاكمِ، ويَنْبَغِي للحاكمِ إذا رُفِعَ إليه ـ ولا منفعةَ في الوَقْفِ ـ أنْ يَأْذَنَ له في بَيْعِها إذا رآه أنظَرَ لأهلِ الوَقْفِ، وإذا مات الوَاقِفُ ولَمْ يَبِعْها [٥/٤٤ظ/م]؛ [لا يَجُوزُ][3] لمنْ وَلِيَها بعدَه بَيْعُها، ولوِ اشْتَرط أنْ يَبِيعَها ويجْعَلَ ثمنَها لِلمَساكِينِ؛ لَمْ يَجُزْ هذا الشرطُ».

قال: «هذا لفْظُ «وَقْفِ الْأَنْصارِيِّ»..». ثم قال: «وفي «وَقْفِ هلالٍ»[4]: فإنْ باعَها واشترىٰ بثمنِها أرْضًا؛ كان وقْفًا، وليس له بَيْعُ الأرضِ الثانيةِ إلا أن يَشْتَرِطَ ذلك في أصْلِ الوَقْفِ».

وقال في الفصلِ الرابعِ من كتابِ الوَقْفِ في «خلاصة الفتاوىٰ»: «ذَكَر الإمامُ

---

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٥٥٥].

(٢) الأنصاريُّ: هو محمد بن عبد الله بن المُثنَّىٰ بن عبد الله بن أنس بن مالك الْأَنْصارِيّ، أبو عبد الله البصري القاضي، الإمام، العلَّامة، المحدِّث، الثقة، قاضي البصرة. روىٰ له الأئمة الستة في كُتُبهم. مِن كُتبه: «الوقف». (توفىٰ سنة: ٢١٥ هـ). ينظر: «تاريخ بغداد» للخطيب البغدادي [٣/٤٠٥]، و«ميزان الاعتدال» للذهبي [٣/٦٠٠].

(٣) ما بين المعقوفتين: في «م»: «لمْ يُجز».

(٤) ينظر: «أحكام الوقف» لهِلَال الرَّأْي [ص/ ٩١].

. . . .

السَّرَخْسِيُّ في «السِّيَر الكبير»[١]: مسألةً. ثم قال: وبهذا تَبيَّنَ خطأُ مَن يُجوِّزُ استبدالَ الوَقْفِ».

وقال في «الخلاصةِ»: «كان الشيخُ الإمامُ ظهيرُ الدينِ يُفْتِي بجوازِ الاستبدالِ، ثم رجَع عنه».

وقال الأُسْتَرُوشَنِيُّ في «فصوله»: «وذَكَر في «المنْتَقَىٰ» عن محمدٍ ﵀: إذا صار الوَقْفُ بحالٍ لا يَنْتَفِعُ به المَسَاكِينُ؛ فللقاضي أنْ يَبِيعَهُ ويَشْتَرِيَ بثمنِه غيرَه، وليس ذلك إلا للقاضي».

ولو شرَطَ الخيارَ لنَفْسِه: ففيه اختلافٌ.

قال في «المبسوط»: «ولو شَرَط الخيارَ لنفسِه في الوَقْفِ ثلاثةَ أيَّامٍ؛ فعلَىٰ قولِ أبي يوسفَ: الوَقْفُ والشرطُ جائزٌ، كما هو مذهبُه في التوسُّعِ في الوَقْفِ.

وقال هلالُ بن يحيىٰ: الوَقْفُ باطلٌ، وهو قولُ محمدٍ، وقال يوسفُ بنُ خالدٍ السَّمْتِيُّ البَصْرِيُّ[٢]: الوَقْفُ جائزٌ[٣]، والشرطُ باطلٌ»[٤].

وقال في «الأجناس»[٥]: «وإنْ جعَلَ لنَفْسِه الخيارَ في إبطالِ أصلِ الوَقْفِ.

---

(١) ينظر: «السِّيَر الكَبِير/ مع شرْح السرخسي» لمحمد بن الحسن [١٨١/٦].

(٢) يوسف بن خالد السَّمْتِيُّ: هو أبو خالد البصري، مولىٰ صخر بن سهل بن صخر الليثي. أحدُ أصحاب الإمام أبي حنيفَة، وكان قديم الصُّحْبَة له، كثير الأخذ عنه. وكان صاحب رأيٍ وجَدَلٍ، وهو أول مَن وضَع كتابًا في «الشروط» وهي كتابة الوثائق والسجلات، (توفي سنة: ١٩٠ هـ). ينظر: «الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [٢٢٧/٢] و«ميزان الاعتدال» للذهبي [٤٦٣/٤].

(٣) وقع بالأصل: «باطل، وهو قول محمد جائز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في «المبسوط».

(٤) ينظر: «المبسوط» للسرخسِيِّ [٤٢/١٢].

(٥) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٥٥٥/١].

. . . .

قال أبو يوسفَ في «**نوادره**» ـ روايةُ ابنِ سَماعةَ ـ: الوَقْفُ جائزٌ، والشرطُ باطلٌ»؛ لأن الوَقْفَ إزالةُ مِلْكٍ، لا إلىٰ مالكٍ كالإعتاقِ، فلو شرَطَ الخيارَ فيه؛ يَبْطُلُ الشرْطُ، ويَبْقَىٰ العتقُ صحيحًا، فكذا في الوَقْفِ.

ولأن الوَاقِفَ لو شرَطَ غَلَّةَ الوَقْفِ لنفسِه ما دام حيًّا؛ صحَّ الوَقْفُ والشرطُ جميعًا عندَ أبي يوسفَ، فكذا إذا شَرطَ الخيارَ لنفسِه مُدَّةً معلومةً، وعندَ محمَّدٍ: لا يَجُوزُ شرْطُ الغَلَّةِ لنَفْسِه؛ لانعدامِ معنىٰ التسليمِ، وهو شرْطٌ عندَه، وهذا [معنىٰ][1] قولِه: (**وَهَذَا بِنَاءً عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا**).

وقال الفقيهُ أبو الليثِ في «النوازل»: «قد ذكَر هلالُ بنُ يحيىٰ هذه المسألةَ وقال[2]: إذا وَقَف علىٰ أنه بالخيارِ؛ فالوقفُ باطلٌ، سواءٌ بيَّنَ للخيارِ وقْتًا، أوْ لَمْ يُبيِّنْ، ورُوِيَ عن أبي يوسفَ أنه قال: إنْ بيَّنَ للخيارِ وقْتًا؛ جاز الوَقْفُ والشرطُ، وإنْ لَمْ يُوَقِّتْ له وقتًا؛ فالوقفُ والشرطُ باطلانِ، كما قال في البيعِ: إذا باع شيئًا علىٰ أنه [٢/٤٨ظ] بالخيارِ، فإنْ بيَّنَ وَقْتَ الخيارِ؛ جاز البيعُ والخيارُ، وإنْ لَمْ يُبيِّنْ؛ لَمْ يَجُزْ، وقد ذكَر محمدُ بنُ الحسنِ أن الوَقْفَ باطلٌ». إلىٰ هنا لفْظُ «**النوازلِ**».

وأمَّا الفصل الثاني ـ وهو شرْطُ الولايةِ [٥/٤٥و/م] لنفسهِ ـ: فقد نصَّ القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[3] علىٰ جوازِه عندَ أبي يوسفَ.

قال صاحبُ «الهداية»: (**وَهُوَ قَوْلُ هِلَالٍ أَيْضًا**). وهو ظاهرُ المذهبِ.

ونقَلَ النَّاطِفِيُّ في «**الأجناس**» عن «**وقف هلال**»[4]: «إذا جعَلَ أرْضَه صدقةً

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٢) ينظر: «أحكام الوقف» لهِلَال الرَّأْي [ص/ ٤].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٨].
(٤) ينظر: «أحكام الوقف» لهِلَال الرَّأْي [ص/ ١٠١].

أَمَّا الْأَوَّلُ فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَلَا يَجُوزُ عَلَىٰ قِيَاسِ قَوْلِ مُحَمَّدٍ، وَهُوَ قَولُ هِلَالِ الرَّأْيِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَقِيلَ: إِنَّ الِاخْتِلَافَ بَيْنَهُمَا بِنَاءً عَلَىٰ

موقوفةً للهِ أبدًا، ولَمْ يشْتَرِطِ الولايةَ لنَفْسه ولا لغيرِه؛ فالولايةُ للوَاقِفِ، اشْتَرَطَ ذلك أوْ لَمْ يشْتَرِطْ».

ثم قال النَّاطِفِيُّ: قال محمَّدٌ في «السير الكبير»: «لا وِلايةَ له، إلا أنْ يَشْتَرِطَه لنَفْسِه»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُ كتابِ النَّاطِفِيِّ.

وَجهُ قولِ محمدٍ: أن التسليمَ إلىٰ القَيِّمِ شرْطُ صحَّةِ الوَقْفِ، فبَعْدَ التسليمِ إليه، لا يَبْقَىٰ له ولايةٌ إلا بالشرطِ السابقِ.

ووَجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الولايةَ للقَيِّمِ في الوَقْفِ تَثْبُتُ بشَرْطِ الوَاقِفِ، فمُحالٌ ألَّا يَثْبُتَ للوَاقِفِ [الولايةُ][2]، وولايةُ غيرِه مستفادةٌ منه.

ونقَلَ في «الأجناس» عن «وقف هِلَالٍ البَصْرِيِّ»[3]: «فإنْ شرَطَ الوَاقِفُ الولايةَ لنَفْسه في الوَقْفِ، وأنْ ليس للسُّلْطَانِ ولا للقاضي أنْ يُدْخِلَ عليه في ذلك غيرَه، والوَاقِفُ غيرُ مأمونٍ؛ فالشرطُ باطلٌ، ويَنْتَزِعُ منه القاضي، ويُوَلِّيها غيرَه». إلىٰ هنا لَفْظُه، وذلك لأن هذا الشرطَ ـ مع أن الوَاقِفَ لا يُؤْمَنُ علىٰ الوَقْفِ ـ خلافُ الشرعِ، فَلَمْ يُلْتَفَتْ إليه.

قولُه: (وهو قولُ هِلَالِ الرَّأْيِ)، وهو: هِلَالُ[4] بنُ يحيىٰ البَصْرِيُّ، وهو مِن أصحابِ يوسفَ بنِ خالدٍ السَّمْتِيُّ البَصْرِيُّ، ويوسفُ هذا مِن أصحابِ أبي حَنِيفَةَ،

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٥٥٥].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) ينظر: «أحكام الوقف» لهِلَال الرَّأْي [ص/ ١٠٢].

(٤) وقع بالأصل: «وهو قول هلال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

الِاخْتِلَافِ فِي اشْتِرَاطِ الْقَبْضِ وَالْإِفْرَازِ. وَقِيلَ: هِيَ مَسْأَلَةٌ مُبْتَدَأَةٌ، وَالْخِلَافُ فِيمَا إِذَا شَرَطَ الْبَعْضُ لِنَفْسِهِ فِي حَيَاتِهِ وبعد موته للفقراء، وفِيمَا إِذَا شَرَطَ الْكُلَّ لِنَفْسِهِ فِي حَيَاتِهِ، وَبَعْدَ مَوْتِهِ لِلْفُقَرَاءِ سَوَاءٌ؛ وَلَوْ وَقَفَ وَشَرَطَ الْبَعْضَ أَوِ الْكُلَّ لِأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ وَمُدَبَّرِيهِ مَا دَامُوا أَحْيَاءً، فَإِذَا مَاتُوا فَهُوَ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ، فَقِيلَ يَجُوزُ بِالِاتِّفَاقِ، وَقَدْ قِيلَ: هُوَ عَلَى الْخِلَافِ أَيْضًا وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ اشْتِرَاطَهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ كَاشْتِرَاطِهِ لِنَفْسِهِ.

وَجْهُ قَوْلِ مُحَمَّدٍ رحمه الله: أَنَّ الْوَقْفَ تَبَرُّعٌ عَلَى وَجْهِ التَّمْلِيكِ بِالطَّرِيقِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ، فَاشْتِرَاطُهُ الْبَعْضَ أَوِ الْكُلَّ لِنَفْسِهِ يُبْطِلُهُ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ مِنْ نَفْسِهِ لَا يَتَحَقَّقُ فَصَارَ كَالصَّدَقَةِ الْمُنَفَّذَةِ، ....

غاية البيان

ووَصِيَّةُ أبي حَنِيفَةَ له مشهورةٌ، يَجِبُ حِفْظُها لكلِّ فقيهٍ، وأُضِيفَ هلالٌ إلى الرَّأْيِ؛ لكونِه مِن أصحابِ الرَّأْيِ والنظَرِ.

قال صاحبُ «المغرب»: «والرَّازِيُّ تصحيفٌ»[1]. وقيل: إنَّ هلالًا هذا أخَذَ العِلْمَ عن أبي يوسفَ وزُفَرَ أيضًا.

والأَنْصَارِيُّ ـ الذي مَرَّ ذِكْرُه آنفًا ـ: هو محمدُ بنُ عبدِ اللهِ البَصْرِيُّ، مِن أصحابِ زُفَرَ[2]. كذا قال النَّاطِفِيُّ في **«الأجناس»**.

قولُه: (لِأَنَّ اشْتِرَاطَهُ لَهُمْ فِي حَيَاتِهِ)، **أي**: للمُدَبَّرِين وأمهاتِ الأولادِ، وذَكَر الضميرَ بالتذكيرِ؛ تغليبًا للذُّكورِ على الإناثِ، وإنما كان اشتراطُه لهم (كَاشْتِرَاطِهِ لِنَفْسِهِ)؛ لأن مِلْكَه فيهم باقٍ ما دام حيًّا، إذا لَمْ يُوجَدِ الإعتاقُ ابتداءً.

(١) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/٣١٤].

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١/٥٥٥].

وَشَرْطُ بَعْضِ بُقْعَةِ الْمَسْجِدِ لِنَفْسِهِ. ولأَبِي يُوسُفَ ﵀ مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ كَانَ يَأْكُلُ مِنْ صَدَقَتِهِ.

وَالْمُرَادُ مِنْهَا صَدَقَتُهُ الْمَوْقُوفَةُ، وَلَا يَحِلُّ الْأَكْلُ مِنْهَا إِلَّا بِالشَّرْطِ، فَدَلَّ عَلَىٰ صِحَّتِهِ، وَلِأَنَّ الْوَقْفَ إِزَالَةُ الْمِلْكِ إِلَىٰ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَىٰ وَجْهِ الْقُرْبَةِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَاهُ، وَإِذَا شَرَطَ الْكُلَّ أَوِ الْبَعْضَ لِنَفْسِهِ، فَقَدْ جَعَلَ مَا صَارَ مَمْلُوكًا لِلَّهِ تَعَالَىٰ لِنَفْسِهِ لَا أَنْ يَجْعَلَ مِلْكَ نَفْسِهِ لِنَفْسِهِ، وَهَذَا [٢٤٦/ظ] جَائِزٌ، كَمَا لَوْ بَنَىٰ خَانًا أَوْ سِقَايَةً أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً، وَشَرَطَ أَنْ يَنْزِلَهُ أَوْ يَشْرَبَ مِنْهُ أَوْ يُدْفَنَ فِيهِ، وَلِأَنَّ مَقْصُودَهُ الْقُرْبَةُ وَفِي الصَّرْفِ إِلَىٰ نَفْسِهِ ذَلِكَ، قَالَ ﵇: «نَفَقَةُ الرَّجُلِ عَلَىٰ نَفْسِهِ صَدَقَةٌ».

وَلَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ أَنْ يَسْتَبْدِلَ بِهِ أَرْضًا أُخْرَىٰ إِذَا شَاءَ ذَلِكَ، فَهُوَ جَائِزٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: الْوَقْفُ جَائِزٌ، وَالشَّرْطُ بَاطِلٌ. وَلَوْ شَرَطَ الْخِيَارَ

قولُه: (وَشَرْطِ بَعْضِ بُقْعَةِ الْمَسْجِدِ). بجرِّ الطاءِ عطفًا علىٰ قولِه: (فِي الصَّدَقَةِ).

قولُه: (وَلِأَنَّ الْوَقْفَ إِزَالَةُ الملكِ [٥/٤٥ظ/م] إِلَىٰ اللهِ تَعَالَىٰ عَلَىٰ وَجْهِ الْقُرْبَةِ، عَلَىٰ مَا بَيَّنَّاهُ).

إشارةٌ إلىٰ ما ذكر عندَ قولِه: (وَلَا يَتِمُّ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ حَتَّىٰ يَجْعَلَ آخِرَهُ بِجِهَةٍ لَا تَنْقَطِعُ أَبَدًا، بِقَوْلِهِ لَهُمَا: إِنَّ مُوجَبَ الْوَقْفِ زَوَالُ المِلكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ) وإلىٰ قولِه: (لِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ[1] التَّقَرُّبُ).

فَعُلِمَ: من هذا المجموعِ: أن الوَقْفَ إزالةُ المِلْكِ إلىٰ اللهِ تعالىٰ علىٰ وَجْهِ القُرْبَةِ.

قولُه: (وَلَوْ شَرَطَ الْوَاقِفُ...). إلىٰ آخرِه. مَرَّ بيانُه.

(١) وقع بالأصل: «وهو». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

لِنَفْسِهِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ جَازَ الْوَقْفُ والشَّرْطُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ: الْوَقْفُ بَاطِلٌ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا.

وَأَمَّا فَصْلُ الْوِلَايَةِ، فَقَدْ نَصَّ فِيهِ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ، وَهُوَ قَوْلُ هِلَالٍ أَيْضًا، وَهُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ. وَذَكَرَ هِلَالٌ رَحِمَهُ اللَّهُ فِي وَقْفِهِ وَقَالَ أَقْوَامٌ: إِنْ شَرَطَ الْوَاقِفُ الْوِلَايَةَ لِنَفْسِهِ كَانَتْ لَهُ، وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وِلَايَةٌ.

قَالَ مَشَايِخُنَا: **الْأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ**؛ **لِأَنَّ** مِنْ أَصْلِهِ أَنَّ التَّسْلِيمَ إِلَى الْقَيِّمِ شَرْطٌ لِصِحَّةِ الْوَقْفِ، فَإِذَا سُلِّمَ لَمْ يَبْقَ لَهُ وِلَايَةٌ.

وَلَنَا: أَنَّ الْمُتَوَلِّي إِنَّمَا يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْ جِهَتِهِ بِشَرْطِهِ فَيَسْتَحِيلُ أَلَّا يَكُونَ لَهُ الْوِلَايَةُ وَغَيْرُهُ يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْهُ، وَلِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَىٰ هَذَا الْوَقْفِ فَيَكُونُ أَوْلَىٰ بِوِلَايَتِهِ، كَمَنِ اتَّخَذَ مَسْجِدًا يَكُونُ أَوْلَىٰ بِعِمَارَتِهِ وَنَصْبِ الْمُؤَذِّنِ فِيهِ، وَكَمَنْ أَعْتَقَ عَبْدًا كَانَ الْوَلَاءُ لَهُ؛ لِأَنَّهُ أَقْرَبُ النَّاسِ إِلَيْهِ.

غاية البيان

قوله: (قَالَ مَشَايِخُنَا: **الْأَشْبَهُ أَنْ يَكُونَ هَذَا قَوْلُ مُحَمَّدٍ**)، أي: الذي ذكره هلالٌ في «**وقفه**»[1]، وهو أن تكونَ الولايةُ للوَاقِفِ إذا شرطَ، وإلا فلا.

فَإِنْ قُلْتَ: مذهبُ محمَّدٍ: أن التسليمَ إلىٰ المُتوَلِّي شرطٌ، وشرْطُ الولايةِ لنفسِه يُنافِي التسليمَ، فما وَجْهُه؟

قُلْتُ: لَا نُسلِّم المنافاةَ؛ لأن شرْطَ الولايةِ سابقٌ، والتسليمُ لاحِقٌ، فبَعْدَ ذلك هل تكُونُ له الولايةُ أم لا؟

قال: إذا وُجِدَ الشرطُ أوَّلًا، كان له الولايةُ، وإلا فلا.

---

(١) ينظر: «أحكام الوقف» لهِلَال الرَّأْي [ص/ ١٠١].

وَلَوْ أَنَّ الْوَاقِفَ شَرَطَ الْوِلَايَةَ لِنَفْسِهِ، وَكَانَ الْوَاقِفُ غَيْرَ مَأْمُونٍ عَلَى الْوَقْفِ فَلِلْقَاضِي أَنْ يَنْتَزِعَهَا مِنْ يَدِهِ نَظَرًا لِلْفُقَرَاءِ، كَمَا لَهُ أَنْ يُخْرِجَ الْوَصِيَّ نَظَرًا لِلصِّغَارِ، وَكَذَا إِذَا شَرَطَ أَنْ لَيْسَ لِلسُّلْطَانِ وَلَا لِلْقَاضِي أَنْ يُخْرِجَهَا مِنْ يَدِهِ وَيُوَلِّيَهَا غَيْرَهُ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ مُخَالِفٌ لِحُكْمِ الشَّرْعِ فَيَبْطُلُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

قوله: (وَلَوْ أَنَّ الْوَاقِفَ شَرَطَ الْوِلَايَةَ لِنَفْسِهِ، وَكَانَ الْوَاقِفُ غَيْرَ مَأْمُونٍ) [٢/٤٩و]. مرَّ بيانُه آنفًا.

فَصْلٌ

وَإِذَا بَنَىٰ مَسْجِدًا لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ، حَتَّىٰ يُفْرِزَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِطَرِيقِهِ، وَيَأْذَنَ لِلنَّاسِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ، فَإِذَا صَلَّىٰ فِيهِ وَاحِدٌ زَالَ عَنْ مِلْكِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

غاية البيان

فَصْلٌ

قولُه: (وَإِذَا بَنَىٰ مَسْجِدًا لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْهُ، حَتَّىٰ يُفْرِزَهُ عَنْ مِلْكِهِ بِطَرِيقِهِ، وَيَأْذَنَ لِلنَّاسِ بِالصَّلَاةِ فِيهِ، فَإِذَا صَلَّىٰ فِيهِ وَاحِدٌ؛ زَالَ عَنْ مِلْكِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله). هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1].

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ولو جعَلَ دارَه مسجدًا؛ جاز بالإجماعِ، ولا يَجُوزُ مُشاعًا، وإنما يَجُوزُ إذا سلَّمَه، والتسليمُ: أنْ يُصَلِّيَ فيه بجماعةٍ بأذانٍ وإقامةٍ بإذْنِه، وهذا عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ. وقال أبو يوسفَ: إذا قال: جعلْتُ داري مسجدًا؛ كفَىٰ».

وقَيَّدَ القُدُورِيُّ: بالإفرازِ؛ لأن المسجدَ مع الشُّيُوعِ لا يَكُونُ خالصًا للهِ تعالىٰ، واشتراطُ الصلاةِ؛ لأن التسليمَ شرْطٌ عندَهما؛ خلافًا لأبي يوسفَ، لكن تسليمُ المسجدِ: بالصلاةِ فيه، كالخانِ: تسليمُهُ بالنزولِ، والمَقْبَرَةُ: تسليمُها بالدفْنِ، والسِّقَايَةُ: [تسليمُها][2] بالشرْبِ منها، فيُعْتَبرُ التسليمُ والقبضُ في كلِّ شيءٍ علىٰ ما يَلِيقُ به، وأبو يوسفَ لا يَشْتَرِطُ التسليمَ؛ لأنه إسقاطُ المِلْكِ كالإعتاقِ، فيَتِمُّ بالقبْضِ.

اعلم: أن التسليمَ إلىٰ المُتوَلِّي شرْطٌ لصحَّةِ الوَقْفِ ولزومِه عندَ محمدٍ رحمه الله، فيُعْتَبَر التسليمُ إليه قبْضًا في الأوقاتِ [٥/٤٦و/م] كلِّها؛ لأنَّ المُتوَلِّي نائبٌ عن الموقوفِ عليهم في القبضِ، كما هو نائبٌ عن الوَاقِفِ في صَرْفِ الغَلَّةِ، كالعدْلِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٨].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

أَمَّا الْإِفْرَازُ فَلِأَنَّهُ لَمْ يَخْلُصْ لِلَّهِ تَعَالَىٰ إِلَّا بِهِ، وَأَمَّا الصَّلَاةُ فِيهِ فَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ التَّسْلِيمِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، وَيُشْتَرَطُ تَسْلِيمُ نَوْعِهِ، وَذَلِكَ فِي الْمَسْجِدِ

غاية البيان

نائبٌ عن المُرْتَهنِ في القبضِ، وعن الرَّاهِنِ في الحِفْظِ.

فإذا كان المُتولِّيُّ نائبًا عن الموقوفِ عليهم؛ صار قبْضُه كقبْضِهم، فإنْ لمْ يُوجَدْ قبْضُ المُتولِّي، ولكن وُجِدَ قبْضُ الموقوفِ عليهم؛ كان كافيًا؛ لأن قبْضَ النائبِ إذا كان كافيًا؛ كان قبْضُ المَنُوبِ أَوْلَىٰ أن يَكُونَ كافيًا، وهذا كما في الخَانِ للمارَّةِ إذا نزَلَ فيه واحدٌ، أو اثنانِ، وكما في المَقْبَرَةِ إذا دُفِن فيها واحدٌ أو اثنانِ. وكما في السِّقَايةِ إذا شَرِب منها واحدٌ أو اثنانِ؛ كان كافيًا، ثم نزولُ الواحدِ أو الاثنين كافٍ؛ لأن القبضَ مِن جميعِ الجنسِ مُتعذِّرٌ.

ثم في نزولِ الخانِ، ودَفْنِ المَقْبَرةِ، وشَرْبِ السِّقَايةِ: الغَنِيُّ والفقيرُ سواءٌ للعُرْفِ؛ لأن مَن اتَّخذ هذه الأشياءَ لا يَتَّخذُها للفقيرِ خاصَّةً، بل يجْعَلُها للصِّنْفَيْنِ. والمعروفُ بالعُرْفِ كالمشروطِ بالشرْطِ، بخلافِ ما إذا وَقَفَ أرضَه ليَصْرِفَ غلَّته إلى الحاجِّ[1] والغُزَاةِ، حيثُ يُرادُ منه: الفقيرُ للعُرْفِ، إلا إذا نَصَّ علىٰ الغَنِيِّ. هذا في سائرِ الأوقافِ.

أمَّا في المسجدِ: فصلاةُ الجماعةِ فيه قبْضٌ باتِّفاقِ الرواياتِ عن أبي حَنِيفَةَ ومحمد ﷺ؛ لأن بناء المساجد للصلاةِ بالجماعةِ، فإذا وُجِدَ ذلك؛ فقد وُجِدَ قَبْضُ مَن جُعِلَ المسجدُ له، فصحَّ.

أمَّا إذا صلَّىٰ فيه واحدٌ أو جماعةٌ وُحْدَانًا، فهل يَكُونُ قبْضًا أمْ لا؟

فقال شيخُ الإسلام خُواهَرْ زادَه في «مبسوطه»: «عن أبي حَنِيفَةَ روايتان: في روايةٍ: يكونُ قبْضًا. وفي روايةٍ: لا يَكُونُ قبْضًا».

---

(١) وقع بالأصل: «الخارج». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

بِالصَّلَاةِ فِيهِ، أَوْ لِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ الْقَبْضُ يُقَامُ تَحَقُّقُ الْمَقْصُودِ مَقَامَهُ، ثُمَّ يُكْتَفَى بِصَلَاةِ الْوَاحِدِ فِي رِوَايَةٍ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، وَكَذَا عَنْ مُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْجِنْسِ مُتَعَذِّرٌ فَيُشْتَرَطُ أَدْنَاهُ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رحمه الله أَنَّهُ يُشْتَرَطُ الصَّلَاةُ بِالْجَمَاعَةِ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ بُنِيَ لِذَلِكَ فِي الْغَالِبِ.

وقال فخرُ الإسلامِ في «شرح الجامع الصغير»: «وإنْ صلَّى فيه واحدٌ مِن المسلمين؛ صحَّ التسليمُ عندَ محمدٍ أيضًا».

وقال في «الذخيرة»: «وعن محمَّدٍ: أنه يُشْتَرطُ الصلاةُ بالجماعةِ». فحَصَل حينئذٍ عن محمَّدٍ روايتان أيضًا.

وَجْهُ روايةِ القبضِ: الاعتبارُ بِالمَقْبَرَةِ والخَانِ، وفيهما الواحدُ والجماعةُ سواءٌ، فكذا هنا.

وَجْهُ روايةِ أنه لا يَكُونُ قبضًا: أن المسجدَ بناؤُه لصلاةِ الجماعةِ؛ لأن الصلاةَ وُحْدَانًا تُقامُ في غيرِ المسجدِ، والذي يَخْتَصُّ بالمسجدِ: هو الصلاةُ بالجماعةِ، فما لَمْ يُوجَد ذلك؛ لا [٤٩/٢ظ] يُعْتَبرُ [٤٦/٥ظ/م] قبْضًا، هذا إذا صلَّى فيه.

أمَّا إذا لَمْ يُصلَّ فيه، لكن دُفِعَ إلى المُتوَلِّي، فهل يَكُونُ ذلك قبْضًا على قولِهما؟ فيه اختلافُ المشايخِ، ذكَره شيخُ الإسلامِ. قيل بأنه ليس بقَبْضٍ؛ لأن المسجدَ لا يَكُونُ لها مُتوَلِّي، كما يَكُونُ لسائرِ الأوقافِ، فلا يَكُونُ الدفعُ إلى المُتوَلِّيِّ قبْضًا. وقيل: بأن الدفْع إليه قَبْضٌ؛ لأن المسجدَ يَكُونُ له خادمٌ يكْنِسُ، ويُغْلِقُ البابَ، والتسليمُ إليه قَبْضٌ، كما في سائرِ الأوقافِ.

واختلَف المشايخُ فيما إذا جعَلَ أرْضَه مَقْبَرَةً، ودَفَعَها إلى المُتوَلِّيِّ، ولَمْ يذْكُرْه محمدٌ في «المبسوط».

فقال بعضُهم: إنه قَبْضٌ، كما في الخانِ والسِّقَايةِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ: [٢٤٦/ظ] يَزُولُ مِلْكُهُ بِقَوْلِهِ: جَعَلْتُهُ مَسْجِدًا ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ لِمِلْكِ الْعَبْدِ فَيَصِيرُ خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَىٰ بِسُقُوطِ حَقِّ الْعَبْدِ، وَصَارَ كَالْإِعْتَاقِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ.

وَمَنْ جَعَلَ مَسْجِدًا تَحْتَهُ سِرْدَابٌ، أَوْ فَوْقَهُ بَيْتٌ، وَجَعَلَ بَابَ الْمَسْجِدِ إِلَىٰ الطَّرِيقِ، وَعَزَلَهُ ؛ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَإِنْ مَاتَ يُورَثُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُخَلَّصْ لِلَّهِ تَعَالَىٰ

غاية البيان

وقال بعضُهم: ليس بقَبْضٍ ؛ لأن المَقْبَرَةَ لا يَكُونُ لها مُتوَلٍّ، وإنما ذكَر محمدٌ في المَقْبَرةِ: أنه إذا دُفِنَ فيها واحدٌ، أو اثنانِ ؛ فإنه يَكُونُ قبْضًا.

قولُه: (وَصَارَ كَالْإِعْتَاقِ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ مِنْ قَبْلُ) إشارةٌ إلىٰ ما قال عندَ قولِه: (وَلَا يَتِمُّ الْوَقْفُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، بِقَوْلِهِ [لَهُمَا][1]: إِنَّ مُوجبَ الْوَقْفِ زَوَالُ الْمِلْكِ بِدُونِ التَّمْلِيكِ، وَأَنَّهُ يَتَأَبَّدُ كَالْعِتْقِ).

قولُه: (وَمَنْ جَعَلَ مَسْجِدًا تَحْتَهُ سِرْدَابٌ، أَوْ فَوْقَهُ بَيْتٌ، وَجَعَلَ بَابَ الْمَسْجِدِ إِلَىٰ الطَّرِيقِ، وَعَزَلَهُ ؛ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَإِنْ مَاتَ يُورَثُ عَنْهُ). وهذا ظاهرُ الروايةِ، وهو مِن خواصِّ «الجامع الصغير»[2].

قال الفقيهُ أبو الليثِ في كتابِ الصلاةِ من شرحِه لـ«لجامع الصغير»: رُوِيَ عن أبي يوسفَ أنه قال: يَجُوزُ ويَصِيرُ مسجدًا، يعني في الوَجْهين، فيما إذا كان تَحْتَهُ سِرْدابٌ، أوْ فوقَهُ بيْتٌ.

ثم قال: «وروَىٰ الحسنُ بنُ زيادٍ أنه قال: إنْ كان الأسفلُ مسجدًا، أوْ أعلاه بيْتًا ؛ يَجوزُ، وإنْ كان الأعلىٰ مسجدًا، وأسفَله بيْتًا ؛ لا يَجُوزُ».

وقال الصدرُ الشهيدُ: وعن أبي يوسفَ: أنه أجاز أنْ يَكُونَ الأسفلُ مسجدًا،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ١٢٠].

لِبَقَاءِ حَقِّ الْعَبْدِ مُتَعَلِّقًا بِهِ، وَلَوْ كَانَ السِّرْدَابُ لِمَصَالِحِ الْمَسْجِدِ جَازَ، كَمَا فِي مَسْجِدِ بَيْتِ الْمَقْدِسِ. وَرَوَى الْحَسَنُ رحمه الله عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: إِذَا جَعَلَ السَّفَلُ مَسْجِدًا

غاية البيان

والأعلى مِلْكًا؛ لأن الأسفلَ أصْلٌ، ولَمْ يَجُزْ على عكسِ هذا.

وقال فخرُ الإسلامِ في شرحِه لـ«**الجامع الصغير**»: وعن محمدٍ أنه حينَ دخَل الرَّيَّ: أجازَ ذلك كلَّه للضرورةِ؛ يعني: لضيقِ المكانِ.

وَجهُ الظاهرِ: أن المسجدَ خالِصٌ للهِ تعالى؛ بدليلِ إضافتِه إليه في قولِه تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ﴾ [الجن: ١٨] فإذا كان تحتَهُ سِرْدابٌ، أوْ فوقَه بيتٌ؛ لا يَكُونُ خالِصًا للهِ تعالى، وإنما يَكُونُ خالِصًا للهِ تعالى إذا كان ما فوقَهُ وما تحتَهُ للهِ، فإذا لَمْ يَكُنْ خالصًا للهِ؛ لَمْ يَجُزْ على ذلك الوَجْهِ، فكان لمنِ اتَّخَذه مسجدًا بَيْعُه، وإذا مات يُورَثُ [٥/٤٧و/م] عنه.

يُؤَيِّدُه: ما روى أبو هُرَيْرَةَ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أنه قال: قال اللهُ تعالى: «**أَنَا أَغْنَى الشُّرَكَاءِ عَنِ الشِّرْكِ، فَمَنْ عَمِلَ عَمَلًا أَشْرَكَ فِيهِ غَيْرِي؛ فَأَنَا مِنْهُ بَرِيءٌ**»(١).

ولأنَّ اتِّخاذَ المسجدِ عُرِفَ بالشريعةِ، وفي الشريعةِ لَمْ يَكُنِ المسجدُ إلا [و](٢)فوْقَه وتحتَه للهِ تعالى، أَلَا تَرَى إلى مسجدِ رسولِ اللهِ ﷺ الذي بناه بالمدينةِ، وإلى المسجدِ الحرامِ الذي بناه إبراهيم عليه السلام بمكة، وإلى [مسجد](٣) بيتِ المقدسِ الذي بناه داودُ النبيُّ عليه السلام بالرُّخام والمَرْمَر، وجعَلَ عليه قُبَّةً مِن

(١) وتمامه: «**وَهُوَ لِلَّذِي أَشْرَكَ**». أخرجه: مسلم في «صحيحه» في كتاب الزهد والرقائق/ باب من أشرك في عمله غير الله (وفي نسخة باب تحريم الرياء) [رقم/ ٢٩٨٥]، وأحمد في «مسنده» [٣٠١/٢]، وابن ماجه في كتاب الزهد/ باب الرياء والسمعة [رقم/ ٤٢٠٢]، وغيرهم من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه به نحوه. وليس عند مسلم قوله: «**وَهُوَ لِلَّذِي أَشْرَكَ**». وعنده بدله: «**تَرَكْتُهُ وَشِرْكَهُ**».

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَعَلَىٰ ظَهْرِهِ مَسْكَنٌ فَهُوَ مَسْجِدٌ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مِمَّا يَتَأَبَّدُ، وَذَلِكَ يَتَحَقَّقُ فِي السِّفْلِ دُونَ الْعُلُوِّ.

غاية البيان

ياقوتٍ أحمرَ، وجعَلَ فوقَ ذلك جوهرًا يُضِيءُ فَراسِخَ تَغْزِلُ بضَوْئِه النساءُ في ظُلَم الليالي، فكلُّ مسجدٍ لَمْ يَكُنْ كذلك ـ [بأنْ][1] لا يَكُونَ خالصًا للهِ تعالىٰ ـ لَمْ يَجُزْ.

وأورَدَ[2] الفقيهُ أبو الليثِ في هذا المقامِ سؤالًا وجوابًا، فقال: «فإنْ قيل: أليس [مسجدُ][3] بَيْتِ المقدسِ تحتَه مُجْتَمَعُ الماءِ، والناسُ يَنْتَفِعون به؟

قيل: إذا كان تحتَه شيءٌ يَنْتَفِعُ به عامَّةُ المسلمين؛ [يَجُوزُ؛ لأنه إذا انتفَع به عامَّةُ المسلمين][4]؛ صار ذلك للهِ تعالىٰ أيضًا، فأَمَّا إذا اتَّخَذ بيتًا لنفسِه؛ لَمْ يَكُنْ خالصًا للهِ تعالىٰ».

ثم قال: «فإنْ قيل: لو جعَلَ تحتَه حانوتًا وجعَلَه وقْفًا علىٰ المسجدِ.

قيل: لا يُسْتَحَبُّ ذلك، ولكنَّه لو جعَلَ في الابتداءِ هكذا؛ صار مسجدًا، وما تحتَه صار وقْفًا عليه، ويَجُوزُ المسجدُ والوَقْفُ الذي تحتَه، ولو أنه بنَىٰ المسجدَ أوَّلًا، ثم أراد أن يَجْعَل تحتَه حانوتًا للمسجدِ؛ فهو مردودٌ باطلٌ، ويَنْبَغِي أنْ يُرَدَّ إلىٰ حالِه الأُولَىٰ». إلىٰ هنا لَفْظُ الفقيهِ.

والسِّرْدَابُ: بكَسْرِ السينِ. كذا في «ديوان الأدب»[5]، وهو بيتٌ تحتَ الأرضِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٢) وقع بالأصل: «وأورده». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٥) لَمْ نظفر بهذا النقل في مظانه في المطبوع مِن: «ديوان الأدب». وينظر: «المعرَّب» للجواليقي [ص/ ٥٧٦].

وَعَنْ مُحَمَّدٍ رحمه الله عَلَىٰ عَكْسِ هَذَا؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مُعَظَّمٌ، وَإِذَا كَانَ فَوْقَهُ مَسْكَنٌ أَوْ مُسْتَغَلٌّ يَتَعَذَّرُ تَعْظِيمُهُ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله أَنَّهُ جَوَّزَ فِي الْوَجْهَيْنِ حِينَ قَدِمَ بَغْدَادَ وَرَأَىٰ ضِيقَ الْمَنَازِلِ، فَكَأَنَّهُ اعْتَبَرَ الضَّرُورَةَ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ رحمه الله أَنَّهُ حِينَ دَخَلَ الرَّيَّ أَجَازَ ذَلِكَ كُلَّهُ لِمَا قُلْنَا.

وَكَذَلِكَ إِنِ اتَّخَذَ وَسَطَ دَارِهِ مَسْجِدًا، وَأَذِنَ لِلنَّاسِ بِالدُّخُولِ فِيهِ يَعْنِي: لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ وَيُورَثَ عَنْهُ؛ لِأَنَّ الْمَسْجِدَ مَا لَا يَكُونُ لِأَحَدٍ فِيهِ حَقُّ الْمَنْعِ، وَإِذَا كَانَ مِلْكُهُ مُحِيطًا بِجَوَانِبِهِ كَانَ لَهُ حَقُّ الْمَنْعِ فَلَمْ يَصِرْ مَسْجِدًا، وَلِأَنَّهُ أَبْقَى الطَّرِيقَ لِنَفْسِهِ فَلَمْ يَخْلُصْ لِلَّهِ تَعَالَىٰ.

غاية البيان

للتبْريدِ، مُعرَّبٌ.

قولُه: (لِمَا قُلْنَا)، أي: من الضرورةِ.

قولُه: (وَكَذَلِكَ إِنِ [٢/٥٠و] اتَّخَذَ وَسَطَ دَارِهِ مَسْجِدًا، وَأَذِنَ لِلنَّاسِ بِالدُّخُولِ فِيهِ)، وهذا من مسائلِ «الجامع الصغير»[1]، عطْفٌ علىٰ قولِه: (وَمَنْ جَعَلَ مَسْجِدًا تَحْتَهُ سِرْدَابٌ؛ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ)، أي: كذلك له أنْ يَبِيعَه في هذه الصورةِ، فإنْ مات يُورَثُ عنه، وذلك لأن المسجدَ: ما يكونُ خالِصًا للهِ تعالىٰ، وهذا ليس بخالصٍ له؛ لأنه لَمْ يُفْرِزْهُ، أَلَا ترىٰ أنه أبقَىٰ طريقَ المسجد مِلْكًا لنفسِه كما كان.

قال الفقيهُ أبو اللَّيثِ في «شرح الجامع الصغير»: ولو أنه عزَله عن دارِه، وجعَل له طريقًا علىٰ حِدَةٍ؛ فقد صار [٥/٤٧ظ/م] مسجدًا، ولا يَجُوزُ بَيْعُه، ولا يَصِيرُ ميراثًا؛ لأنه قد خرَج عن مِلْكِه».

وعن محمدٍ: أنه لا يُباعُ ولا يُورَثُ وإنْ لَمْ يجْعَلْ له طريقًا، وهذا مذكورٌ في «المتن».

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ١٢٠].

وَعَنْ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: أَنَّهُ لَا يُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ وَلَا يُورَثُ عَنْهُ اعْتَبَرَهُ مَسْجِدًا، وَهَكَذَا عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ أَنَّهُ يَصِيرُ مَسْجِدًا؛ لِأَنَّهُ لَمَّا رَضِيَ بِكَوْنِهِ مَسْجِدًا وَلَا يَصِيرُ مَسْجِدًا إِلَّا بِالطَّرِيقِ دَخَلَ فِيهِ الطَّرِيقُ، فَصَارَ مُسْتَحِقًّا كَمَا يَدْخُلُ فِي الْإِجَارَةِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ.

وَمَنِ اتَّخَذَ أَرْضَهُ مَسْجِدًا؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ، وَلَا يَبِيعَهُ، وَلَا يُورَثُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ تَحَرَّرَ عَنْ حَقِّ الْعِبَادِ فَصَارَ خَالِصًا لِلَّهِ تَعَالَىٰ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا لِلَّهِ تَعَالَىٰ، وَإِذَا أَسْقَطَ الْعَبْدُ مَا ثَبَتَ لَهُ مِنَ الْحَقِّ رَجَعَ إِلَىٰ أَصْلِهِ، فَانْقَطَعَ تَصَرُّفُهُ عَنْهُ كَمَا فِي الْإِعْتَاقِ.

وَلَوْ خَرِبَ مَا حَوْلَ الْمَسْجِدِ وَاسْتُغْنِيَ عَنْهُ؛ يَبْقَىٰ مَسْجِدًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ مِنْهُ فَلَا يَعُودُ إِلَىٰ مِلْكِهِ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَعُودُ إِلَىٰ مِلْكِ

غاية البيان

قولُه: (وَمَنِ اتَّخَذَ أَرْضَهُ مَسْجِدًا؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِيهِ، وَلَا يَبِيعَهُ، وَلَا يُورَثَ عَنْهُ). وهذه من مسائلِ «الجامع الصغير»[١].

وذلك: لأنه لَمَّا صار خالصًا للهِ تعالىٰ؛ لَمْ يَجُزْ بَيْعُه، ولا إرْثُه، لكن هذا إذا سُلِّمَ إلىٰ المُتوَلِّي، أوْ صُلِّيَ فيه بجماعةٍ، أَمَّا إذا لَمْ يُصَلَّ فيه بجماعةٍ، ولَمْ يُوجَدِ التسليمُ؛ لا يَصِحُّ الوَقْفُ؛ لأن التسليمَ أو الصلاةَ بجماعةٍ شرْطٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمدٍ، وفي الصلاةِ وُحْدانًا اختلافُ الروايةِ[٢]، وقد مضىٰ قَبْلَ هذا.

قولُه: (وَلَوْ خَرِبَ مَا حَوْلَ الْمَسْجِدِ وَاسْتُغْنِيَ عَنْهُ؛ يَبْقَىٰ مَسْجِدًا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ). ذكَر هذه المسألةَ تفريعًا لمسألةِ «الجامع الصغير»[٣].

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ١٢١].

(٢) وقع بالأصل: «الرواة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ١٢١].

أَبَانِي، أَوْ إِلَىٰ وَارِثِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ لِأَنَّهُ عَيَّنَهُ لِنَوْعِ قُرْبَةٍ، وَقَدِ انْقَطَعَتْ وَصَارَ كَحَصِيرِ الْمَسْجِدِ أَوْ حَشِيشِهِ إِذَا اسْتُغْنِيَ عَنْهُ، إِلَّا أَنَّ أَبَا يُوسُفَ ﵀ يَقُولُ فِي الْحَصِيرِ وَالْحَشِيشِ إِنَّهُ يُنْقَلُ إِلَىٰ مَسْجِدٍ آخَرَ.

قال أبو العبَّاسِ النَّاطِفيُّ في «الأجناس»: «قال محمدٌ في «**نوادر هشام**»: إذا خَرِب المسجدُ حتىٰ لا يُصَلَّىٰ فيه؛ فالذي بناه إنْ شاء أدخلَه في دارِه، وإنْ شاء باعَه، وكذلك الفَرَسُ إذا جعَله حبِيسًا في سبيلِ اللهِ، فصار لا يُسْتَطاعُ أنْ يُرْكَبَ؛ فإنه يُباعُ ويَصِيرُ ثمنُها لصاحبِها، أوْ لورثتِه، فإن لَمْ يُعْرَفْ للمسجدِ بانِيه فَخَرِب، وبَنَىٰ أهلُ المسجدِ مسجدًا آخَرَ، ثم أجمَعُوا علىٰ بَيْعِه واستعانوا بثمَنِه في ثمنِ المسجدِ الآخَرِ؛ فلا بأسَ بذلك».

ثم نقَلَ النَّاطِفِيُّ عن كتابِ «الصلاة» ـ إملاءً ـ: «مسجدٌ بادَ أهلُه، وعُطِّلَتِ الصلواتُ فيه؛ لَمْ يَجُزْ لأحدٍ أنْ يَهْدِمَهُ، ولا يتَّخِذَهُ منزلًا، ولا يَسَعُه ذلك».

قال النَّاطِفيُّ: «هذا عندي قولُ أبي يوسفَ. ثم قال النَّاطِفِيُّ: وقال في «**السِّيَر الكبير**»[1]: إنْ خَرِبَتِ القريةُ التي فيها المسجدُ، وجُعِلَتْ مَزَارِعَ، وخَرِب المسجدُ، ولا يُصَلِّي فيه أحدٌ؛ لا بأسَ بأنْ يَأْخُذَهُ صاحبُه ويَبِيعَهُ لمنْ يجْعَلُه مَزْرعةً، ويأخُذُ ثمنَه فيأكلَهُ، أوْ يجْعَلَهُ مَزْرعتَه[2]». إلىٰ هنا لفْظُ روايةِ: «**الأجناس**».

وجهُ قولِ محمدٍ: أنه أخرَجه عن مِلْكِه بجهةٍ مِن المنافعِ، فإذا بطَلَ الانتفاعُ بتلك الجهةِ؛ عادَ إلىٰ مِلْكِه كالكفَنِ إذا أكَل السبُعُ الميِّتَ، وهَدْيِ الإِحْصَارِ إذا زال الإِحْصَارُ، وكقِنْدِيلِ المسجدِ، وحَصِيرِه، وحَشِيشِه إذا خَرِبَ المسجدُ.

---

(١) ينظر: «السِّيَر الْكَبِير/ مع شرْح السرخسي» لمحمد بن الحسن [٥/٢٨٤].

(٢) وقع بالأصل: «مَزْرعة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الأجناس» لأبي العباس النَّاطِفِيّ [ق٣٠١/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٧١)].

قَالَ: وَمَنْ [٢٤٧/و] بَنَىٰ سِقَايَةً لِلْمُسْلِمِينَ، أَوْ خَانًا يَسْكُنُهُ بَنُو السَّبِيلِ، أَوْ رِبَاطًا، أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً؛ لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْ ذَلِكَ حَتَّىٰ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ عِنْد

غاية البيان

وَوَجهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الجهةَ ما بطلَتْ؛ لأن المسجدَ ليس لأهلِ المحلَّةِ خاصَّةً، بل للعامَّةِ، فإذا كان كذلك؛ يُمْكِنُ أنْ تُعَادَ فيه [٤٨/٥و/م] العِمَارةُ، ويُصَلِّي فيه مارَّةُ الطريقِ وإنْ لَمْ يُوجَدِ الساكِنون حولَ المسجدِ.

يُؤَيِّدُه: أن الكعبةَ كانت عليها أصنامٌ زمانَ الفَتْرةِ، وكانت تَعَطَّلَتْ عن الطاعةِ، فَلَمْ تخْرُجْ بذلك عن أنْ تَكُونَ موضِعًا للطاعةِ، فكذلك سائرُ المساجدِ.

أمَّا الكفنُ: فإنه تبرُّعٌ[١] مِن الأجنبيِّ لحاجةِ الميِّتِ، فإذا وقَع الاستغناءُ عنه؛ عاد إلىٰ مِلْكِ المتبَرِّعِ، وليس هو بإزالةِ المِلْك كالعارِيةِ حالَ الحياةِ عاد إلىٰ المُعِيرِ بعدَ استغناءِ[٢] المُسْتَعِيرِ.

وأمَّا القِنْديلُ والحَصِيرُ والبَوَارِي[٣]: فقال في «**خلاصة الفتاوىٰ**» وغيرِها: **والصحيحُ** مِن مذهبِ أبي يوسفَ: أنها لا تَعُودُ إلىٰ مِلْكِ مُتَّخِذِها، بل تُحَوَّلُ إلىٰ مسجدٍ آخرَ، أوْ يَبِيعُها قَيِّمُ المسجدِ؛ لأجْلِ المسجدِ.

وقيل: هذه المسائلُ بناءً علىٰ أن [٥٠/٢ظ] إقامةَ الصلاةِ في المسجدِ ليسَتْ بشَرْطٍ لصَيْرُورتِه مسجدًا عندَ أبي يوسفَ في الابتداءِ؛ فلا يَكُونُ شرْطًا لبقائِه.

وعندَ محمدٍ: شرْطٌ في الابتداءِ، فكانت شرْطًا لبقائِه.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ بَنَىٰ سِقَايَةً لِلْمُسْلِمِينَ، أَوْ خَانًا يَسْكُنُهُ بَنُو السَّبِيلِ، أَوْ رِبَاطًا، أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً؛ لَمْ يَزُلْ مِلْكُهُ عَنْ ذَلِكَ حَتَّىٰ يَحْكُمَ بِهِ الْحَاكِمُ عِنْدَ

---

(١) وقع بالأصل: «ينزع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «استيفاء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) **البَوَارِي**: جَمْع البَارِية، وهي الحَصِيرُ المَنْسُوج، والنِّسْبَةُ إلىٰ عَمَلِها وبَيْعِها: بَوَّارِيٌّ. وقد تقدم التعريف بذلك.

أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَنْقَطِعْ عَنْ حَقِّ الْعَبْدِ ، أَلَّا تَرَىٰ أَنَّ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهِ فَيَسْكُنَ فِي الْخَانِ ، وَيَنْزِلَ فِي الرِّبَاطِ ، وَيَشْرَبَ مِنَ السِّقَايَةِ ، وَيُدْفَنَ فِي الْمَقْبَرَةِ ، فَيُشْتَرَطُ حُكْمُ الْحَاكِمِ أَوِ الْإِضَافَةُ: إِلَىٰ مَا بَعْدَ الْمَوْتِ كَمَا فِي الْوَقْفِ عَلَىٰ الْفُقَرَاءِ ، بِخِلَافِ المسجد ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ لَهُ حَقُّ الِانْتِفَاعِ بِهِ ، فَخَلَصَ لِلَّهِ تَعَالَىٰ مِنْ غَيْرِ حُكْمِ الْحَاكِمِ.

وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله **يَزُولُ مِلْكُهُ بِالقَوْلِ** كَمَا هُوَ أَصْلُهُ ، إِذِ التَّسْلِيمُ عِنْدَهُ لَيْسَ بِشَرْطٍ وَالْوَقْفُ لَازِمٌ.

غاية البيان

أَبِي حَنِيفَةَ). وهذه من مسائلِ «**مختصر القُدُورِيِّ**»[1].

اعلم: أن في اتِّخاذِ الخانِ ، أو السِّقَايةِ ، أو الرِّبَاطِ ، أو المَقْبَرَةِ حُكْمُ الحاكم شرْطٌ لزوالِ المِلْكِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ، [و][2] في المسجدِ ليس بشَرْطٍ ، بل الشرطُ [فيه][3] أنْ يُفْرِزَهُ ويُصَلِّي فيه الجماعةُ ، وفي صلاةِ الواحدِ اختلافُ الروايةِ ، وقد أمضَيْناه.

والفرقُ: أن حقَّ الوَاقِفِ لَمْ يَنقَطِعْ في الأشياءِ المذكورةِ ، أَلَا تَرَىٰ أن له النزولَ في الخانِ ، والرِّبَاطِ ، والشُّربَ مِن السِّقَايةِ ، وأن يُدْفَنَ في المَقْبَرَةِ ، فإذا كان كذلك ؛ احْتِيجَ إلىٰ حُكْمِ الحاكمِ ، أو الإضافةِ إلىٰ ما بعدَ الموتِ ، كما في سائرِ الأوقافِ عندَه.

وأمَّا المسجدُ: فقد انقطَع حقُّه عنه بمجرَّدِ الإفرازِ وصلاةِ الناسِ فيه ؛ لأنه صار خالِصًا للهِ تعالىٰ ، فَلَمْ يُحْتَجْ إلىٰ الحُكْمِ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٨].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ».

وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ رحمه الله: إِذَا اسْتَقَى النَّاسُ مِنَ السِّقَايَةِ وَسَكَنُوا الْخَانَ وَالرِّبَاطَ وَدُفِنُوا فِي الْمَقْبَرَةِ زَالَ الْمِلْكُ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ عِنْدَهُ شَرْطٌ، وَالشَّرْطُ تَسْلِيمُ نَوْعِهِ، وَذَلِكَ بِمَا ذَكَرْنَاهُ. وَيُكْتَفَى بِالْوَاحِدِ لِتَعَذُّرِ فِعْلِ الْجِنْسِ كُلِّهِ، وَعَلَى هَذَا الْبِئْرُ الْمَوْقُوفَةُ وَالْحَوْضُ، وَلَوْ سَلَّمَ إِلَى الْمُتَوَلِّي صَحَّ التَّسْلِيمُ فِي هَذِهِ الْوُجُوهِ كُلِّهَا؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ عَنِ الْمَوْقُوفِ عَلَيْهِ، وَفِعْلُ النَّائِبِ كَفِعْلِ الْمَنُوبِ عَنْهُ، وَأَمَّا فِي الْمَسْجِدِ فَقَدْ قِيلَ: لَا يَكُونُ تَسْلِيمًا؛ لِأَنَّهُ لَا تَدْبِيرَ لِلْمُتَوَلِّي فِيهِ، وَقِيلَ: يَكُونُ تَسْلِيمًا؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَكْنُسُهُ وَيُغْلِقُ بَابَهُ، فَإِذَا سَلَّمَ إِلَيْهِ صَحَّ التَّسْلِيمُ.

وَالْمَقْبَرَةُ فِي هَذَا بِمَنْزِلَةِ الْمَسْجِدِ عَلَى مَا قِيلَ؛ لِأَنَّهُ لَا مُتَوَلِّي لَهُ عُرْفًا. وَقَدْ قِيلَ: هُوَ بِمَنْزِلَةِ السِّقَايَةِ وَالْخَانِ فَيَصِحُّ التَّسْلِيمُ إِلَى الْمُتَوَلِّي؛ لِأَنَّهُ لَوْ نَصَّبَ الْمُتَوَلِّي يَصِحُّ، وَإِنْ كَانَ بِخِلَافِ الْعَادَةِ.

غاية البيان

وعندَ أبي يوسفَ: يَزُولُ مِلْكُه بمجرَّدِ القولِ، كما هو مذهبُه في سائرِ الأوقافِ؛ لأنه لا يَشْتَرِطُ التسليمَ.

وعندَ محمَّدٍ: لا بُدَّ مِن التسليمِ، ولكن في كلِّ بابٍ يُعْتَبرُ بما يَليقُ به، ففي الخانِ: يَحْصُلُ التسليمُ بالسُّكْنَى، وفي الرِّبَاطِ: بالنزولِ، وفي السِّقَايةِ: بشُرْبِ الناسِ، وفي المَقْبَرةِ: بدَفْنِهم.

ويُكْتَفَى إذا وُجِدَ هذه الأشياءُ [٥/٤٨ظ/م] مِن واحدٍ؛ لتعذُّرِ اجتماعِ جميعِ الناسِ، ولو سَلَّمها إلى المُتوَلِّي؛ صحَّ، وإذا سَلَّم المسجدَ أو المَقْبَرَةَ إلى المُتوَلِّي، فهل يَكُونُ ذلك قبْضًا أمْ لا؟ ففيه اختلافُ المشايخِ، وقد حقَّقْنا جميعَ ذلك في أوَّلِ الفصْلِ.

قولُه: (وَذَلِكَ بِمَا ذَكَرْنَاهُ)، **أي:** التسليمُ يَحْصُلُ بالاسْتِقاءِ، والسُّكْنَى،

وَلَوْ جَعَلَ دَارًا لَهُ بِمَكَّةَ سُكْنَىٰ لِحَاجِّ بَيْتِ اللهِ تَعَالَىٰ وَالْمُعْتَمِرِينَ، أَوْ جَعَلَ دَارَهِ فِي غَيْرِ مَكَّةَ لِلْمَسَاكِينِ، أَوْ جَعَلَهَا فِي ثَغْرٍ مِنَ الثُّغُورِ سُكْنَىٰ لِلْغُزَاةِ، أَوْ لِلْمُرَابِطِينَ، أَوْ جَعَلَ غَلَّةَ أَرْضِهِ لِلْغُزَاةِ فِي سَبِيلِ اللهِ تَعَالَىٰ، وَدَفَعَ ذَلِكَ إِلَىٰ وَالٍ يَقُومُ عَلَيْهِ؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا رُجُوعَ فِيهَا؛ لِمَا بَيَّنَّا؛ إِلَّا أَنَّ فِي الْغَلَّةِ تَحِلُّ لِلْفُقَرَاءِ

غاية البيان

والنزولِ، والدفنِ في السِّقَايةِ، والخَانِ، والرِّباطِ، والمَقْبَرَةِ.

قولُه: (وَلَوْ جَعَلَ دَارًا لَهُ بِمَكَّةَ سُكْنَىٰ لِحَاجِّ بَيْتِ اللهِ تعالىٰ وَالْمُعْتَمِرِينَ، أَوْ جَعَلَ دَارَهِ فِي غَيْرِ مَكَّةَ لِلْمَسَاكِينِ، أَوْ جَعَلَهَا فِي ثَغْرٍ مِنَ الثُّغُورِ سُكْنَىٰ لِلْغُزَاةِ، أَوْ لِلْمُرَابِطِينَ، أَوْ جَعَلَ غَلَّةَ أَرْضِهِ لِلْغُزَاةِ فِي سَبِيلِ اللهِ تَعَالَىٰ، وَدَفَعَ ذَلِكَ إِلَىٰ وَالٍ يَقُومُ عَلَيْهِ؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَلَا رُجُوعَ فِيهَا؛ لِمَا بَيَّنَّا).

وهذا إشارةٌ إلىٰ قولِه: (**وَهَذَا لِأَنَّ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا لِله تَعَالَىٰ، فَإِذَا أَسْقَطَ الْعَبْدُ مَا ثَبَتَ لَهُ مِنَ الْحَقِّ؛ رَجَعَ إِلَىٰ أَصْلِهِ، فَانْقَطَعَ تَصَرُّفُهُ عَنْهُ، كَمَا فِي الْإِعْتَاقِ**). وقد ذكَر صاحبُ «**الهداية**» هذه المسائلَ تفريعًا لِمَا ذكَره من مسألةِ القُدُورِيِّ.

ثم فرْقٌ بينَ جَعْلِ غَلَّةِ الأرضِ لِلغُزَاةِ ـ حيث تَكُونُ للفقراءِ منهم، ولا تَكُونُ للأغنياءِ إلا بالتنصيصِ ـ وبينَ جَعْلِ الدارِ سُكْنَىٰ لِلغُزَاةِ، أوْ للحَاجِّ ونحوِ ذلك مِن: الخانِ، والرِّباطِ، والسِّقَايةِ، والمَقْبرةِ، حيثُ يَسْتَوِي الفريقان في ذلك، لجَرَيانِ العُرْفِ كذلك، ولأنَّ الحاجةَ ماسَّةٌ في هذه الأشياءِ لكلِّ أحدٍ، فاستوىٰ الغَنِيُّ والفقيرُ، والغَلَّةُ لا يَحْتاجُ إليها الغَنِيُّ لغِنَاه، فاختصَّتْ بالفقيرِ.

والحاجُّ: اسمُ جَمْعٍ، بمعنىٰ: الحُجَّاجِ، كالسَّامرِ في قولِه تعالىٰ: ﴿سَٰمِرًا تَهْجُرُونَ﴾ [المؤمنون: ٦٧].

والثَّغْرُ: موضِعُ الْمَخافَةِ بينَ العدُوِّ والمسلمين. كذا في «**الجمهرة**»[1].

(١) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٤٢١/١].

دُونَ الْأَغْنِيَاءِ، وَفِيمَا سِوَاهُ مِنْ سُكْنَىٰ الْخَانِ وَالِاسْتِقَاءِ مِنَ الْبِئْرِ وَالسِّقَايَةِ وَغَيْرِ ذَلِكَ يَسْتَوِي فِيهِ الْفَقِيرُ وَالْغَنِيُّ، وَالْفَارِقُ هُوَ الْعُرْفُ بَيْنَ الْفَصْلَيْنِ. فَإِنَّ أَهْلَ الْعُرْفِ يُرِيدُونَ بِذَلِكَ فِي الْغَلَّةِ الْفُقَرَاءَ، وَفِي غَيْرِهَا التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ، وَلِأَنَّ الْحَاجَةَ تَشْتَمِلُ[1] الْغَنِيَّ وَالْفَقِيرَ فِي الشُّرْبِ وَالنُّزُولِ. وَالْغَنِيُّ لَا [٢٤٧/ظ] يَحْتَاجُ إِلَىٰ صَرْفِ هَذَا الْغَلَّةِ لِغِنَاهُ، وَاللهُ تَعَالَىٰ أَعْلَمُ بِالصَّوَابِ، وَإِلَيْهِ الْمَرْجِعُ وَالْمَآبُ.

غاية البيان

ويُقَالُ: رَابَطَ مُرَابَطَةً ورِباطًا؛ إذا أقام في الثَّغْرِ.

وهذا آخِرُ شرْحِ كتابِ الوَقْفِ مِن كتابِ «**الهداية**»، مِن شَرْحِنا المسَمَّى: بـ «**غاية البيان**»، ويَتْلُوهُ كتابُ البيوعِ، إنْ شاء اللهُ تعالىٰ، واللهُ أعلمُ بالصوابِ، [وصلَّى اللهُ علىٰ سيِّدِنا محمَّدٍ وآلِه وصَحْبِه أجمعين][2].

(١) فِي حاشية الْأَصْل: «خ، أصح: تشمل».

(٢) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

رَبِّ يَسِّرْ وَتَمِّمْ بِالْخَيْرِ

كِتَابُ الْبُيُوعِ

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

وَبِهِ نَسْتَعِينُ][1]

كِتَابُ الْبُيُوعِ

مناسبةُ البَيْعِ بِالوَقْفِ: مِن حيثُ إن في كلٍّ منهما معنىٰ إزالةِ المِلْكِ.

ففي الوَقفِ: يَزُولُ المِلْكُ عن الواقفِ بعدَ حُكْمِ الحاكمِ مِن غيرِ أن يَدْخُلَ في مِلْكِ المَوْقُوفِ عليه.

وفي البَيعِ: يَزُولُ المِلْكُ عن البائعِ، ويَدْخُلُ في مِلْكِ المُشْتَرِي، فكان الوَقْفُ كالمفْرَدِ، والبَيْعُ كالمُرَكَّبِ مِن حيثُ إن الوَقْفَ فيه زوالٌ بلا دخولٍ، والبَيْعُ فيه زوالٌ ودخولٌ، والمُفْردُ [٤٩/٥و/م] سابِقٌ علىٰ المُرَكَّبِ، فلهذا أُخِّرَ ذِكْرُ البَيْعِ عنه.

ثم اعلم: أن مشروعيةَ البَيْعِ [٥١/٢و] ثبتَتْ بالكتابِ، والسُّنَّةِ، والإجماعِ.

أمَّا الكتابُ: فقولُه تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. وقولُه تعالىٰ: ﴿لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وأمَّا السُّنةُ: فما رُويَ في «السنن» مُسْنَدًا إلىٰ رسولِ اللهِ ﷺ أنه قال: «**يَا مَعْشَرَ التُّجَّارِ إِنَّ البَيْعَ يَحْضُرُهُ اللَّغْوُ وَالْحَلِفُ، فَشُوبُوهُ بِالصَّدَقَةِ**»[2]. وقد بُعِثَ رسولُ اللهِ ﷺ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن».

(٢) أخرجه: أحمد في «مسنده» [٦/٤]، وأبو داود في كتاب البيوع/ باب في التجارة يخالطها الحلف=

قَالَ: الْبَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ إِذَا كَانَا بِلَفْظِ الْمَاضِي مِثْلَ أَنْ يَقُولَ

والناسُ يتبَايعون، فقرَّرَهم علىٰ ذلك.

وأَمَّا الإجماعُ: فهو منعقدٌ علىٰ جوازِ البَيْعِ إذا وُجِدَ رُكْنُ البَيْعِ؛ أعني: الإِيجَابَ والقَبُولَ مِن الأهلِ مُضافًا إلىٰ المحلِّ.

قولُه: (قَالَ: الْبَيْعُ يَنْعَقِدُ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ إِذَا كَانَا بِلَفْظِ الْمَاضِي) أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[1].

وتحقيقُ هذا: ما قال رُكْنُ الإسلامِ في «**الإيضاح**» بقولِه: «لا يَنْعَقِدُ البَيْعُ إلا بلفظَيْنِ، يُعَبَّرُ بكلِّ واحدٍ منهما عن الماضي؛ لأن البَيْعَ إنشاءُ تصرُّفٍ، ووَاضِعُ اللغةِ لَمْ يَضَعْ للإنشاءِ لفْظًا خاصًّا؛ لأن الإنشاءَ إنما يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ، فاستعْمَل الشَّرْعُ اللفظَ الذي للإخبارِ عن الماضي للإنشاءِ للحالِ.

وإنما خُصَّ هذه اللفظةُ؛ لأن هذه اللفظةَ ـ التي هي خبَرٌ عن الماضي ـ تَسْتَدْعِي سبْقَ المُخْبَرِ به؛ لِيَكُونَ الكلامُ صحيحًا حكمةً وعقْلًا، فصار الوجودُ حقًّا له بمقتَضىٰ الحكمةِ، فإذا قصَدَ الإنشاءَ والإيجادَ؛ اختارَ اللفظَ الذي لزِمَهُ الوجودُ، وهو لفظةُ الإخبارِ عن الماضي، وهو أنْ يَقُولَ أحدُهما: بِعْتُ، و[يَقُولُ][2] الآخرُ: اشتريْتُ، وكذلك كلُّ لفْظٍ يُؤَدِّي معناهُ.

= واللغو [رقم/ ٣٣٢٦]، والترمذي في كتاب البيوع/ باب ما جاء في التجار وتسمية النبي ﷺ إياهم [رقم/ ١٢٠٨]، والنسائي في «سننه» في كتاب الأيمان والنذور/ باب في الحلف والكذب لمن لَمْ يعتقد اليمين بقلبه [رقم/ ٣٧٩٧]، وابن ماجه في كتاب التجارات/ باب التوقي في التجارة [رقم/ ٢١٤٥]، وغيرهم من حديث: قيس بن أبي غرزة رضي الله عنه به نحوه.

قال الترمذي: «حديث قيس بن أبي غرزة حديث حسن صحيح».

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٧٨].

(٢) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الإيضاح في شَرْح مختصر الكَرْخِيّ» للكرْمَانِيّ [ق ١٢٢/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٦)].

أَحَدُهُمَا: بِعْتُ وَالْآخَرُ اشْتَرَيْتُ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ إِنْشَاءُ تَصَرُّفٍ ، ....

فأمَّا إذا قال أحدُهما: أَبِيعُك، وقال الآخرُ: بِعْنِي ؛ لَمْ يَنْعَقِدِ البَيْعُ ؛ لأن قولَه: «أَبِيعُك»: عِدَةٌ. وقولُه: «بِعْنِي»: مُسَاومةٌ وطلَبٌ، والطلبُ غيْرٌ، والإيجَابُ غيْرٌ.

وإنما خُصَّ النِّكَاحُ استحسانًا، فإنه لو قال: زَوِّجْنِي، فقال الوَلِيُّ: زَوَّجْتُك ؛ انعقَد النِّكَاحُ ؛ لأن المُسَاومةَ لا تتَحَقَّقُ في بابِ النِّكَاحِ، فحُمِلَتِ اللفظةُ على الإِيجَابِ[1].

وقد نصَّ محمدٌ في «**الأصل**»[2] فقال: هذا كلامُ الناسِ، وليس بقياسٍ» إلى هنا لفْظُ كتابِ «**الإيضاح**»[3].

ثم اعلم: أن اشتراطَ الإِيجابِ والقَبُولِ بأنْ يَكُونَا بلَفْظِ الماضي إذا لَمْ يُوجَدْ نِيَّةُ الحالِ مِن لَفْظِ المستقبَلِ، فإذا وُجِدَتْ [٥/٤٩ظ/م] ؛ يَنْعَقِدُ بلَفْظِ المستقبَلِ أيضًا.

أَلَا ترَى إلى ما قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: ثم عَقْدُ البَيْعِ مرَّةً يَنْعَقِدُ بلفظَيْن، وتارةً يَنْعَقِدُ بثلاثةِ ألفاظٍ.

فأمَّا الذي يَنْعَقِدُ بلفظَينِ: نَحوُ أن يَكُونَ لَفْظُ المُتَعاقِدَيْنِ على الماضي، أوْ على الإِيجَابِ في الحالِ.

أمَّا الماضي: فنحوُ أن يَقُولَ البائعُ: بِعْتُ منك هذا العبدَ بألفِ درهمٍ. فقال الآخَرُ: أخذْتُ، أوْ قبِلْتُ ؛ تَمَّ البَيْعُ، ولو بدَأَ المُشْتَرِي، فقال: اشْتَرَيْتُ منك هذا

---

(١) زاد في: «غ»: «والقبول». وليسَتْ تلك الزيادة في: «الإيضاح في شَرْح مختصر الكَرْخِيّ» للكرْمَانِيِّ [ق ١٢٢/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٦)].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٠/٢٢٦/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ينظر: «الإيضاح في شَرْح مختصر الكَرْخِيّ» للكرْمَانِيِّ [ق ١٢٢/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٦)].

. . . .

العبدَ بألفِ درهمٍ، فقال البائعُ: بِعْتُ، أوْ قال: هو لك؛ تَمَّ البَيْعُ بينَهُما بلفْظين.

وأَمَّا لَفْظُ الإِيجَابِ: فنحوُ أنْ يَقُولَ البائعُ: أَبِيعُ منك هذا العبدَ بألفِ درهمٍ، وأراد به: إيجابَ البَيْعِ في الحالِ، وقال المُشْتَرِي: قبِلْتُ، أو اشْتَرَيْتُ، أوْ يَقُولَ المُشْتَرِي: أشتَرِي منك هذه الجاريةَ بألفِ درهمٍ، وأراد به: الإِيجابَ، فقال البائعُ: بِعْتُ؛ تَمَّ البَيْعُ بينَهما.

وأَمَّا الذي يَنْعَقِدُ بثلاثةِ ألفاظٍ: نحوُ أنْ يَكُونَ لَفْظُ أحدِهما بلَفْظِ الأمْرِ، نحوُ أنْ يَقُولَ البَائِعُ للمُشْتَرِي: اشْتَرِ منِّي هذا العبدَ بألفِ درهمٍ، فقال المُشْتَرِي: اشْتَرَيْتُ؛ فلا يَتِمُّ البَيْعُ ما لَمْ يَقُلِ البَائِعُ: بعْتُ.

أو يَقُولَ المُشْتَرِي للبائعِ: بِعْ مني هذا العبدَ بألفِ درهمٍ، فقال: بعْتُ، فلا يَتِمُّ البَيْعُ بينَهُما ما لَمْ يَقُلِ المُشْتَرِي: اشْتَرَيْتُ.

أو يَقُولَ البائعُ للمُشْتَرِي: اشْتَرَيْتَ مني هذا العبدَ بألفِ درهمٍ؟ علىٰ سبيلِ السؤالِ، فقال المُشْتَرِي: اشْتَرَيْتُ؛ فلا يَتِمُّ البَيْعُ ما لَمْ يَقُلِ البَائِعُ: بعْتُ.

أو يَقُولَ المُشْتَرِي للبَائعِ: أَتَبِيعُ مني هذا العبدَ بألفِ درهمٍ؟ فقال [٢/١٥ظ] البَائِعُ: بعْتُ؛ فلا يَتِمُّ البَيْعُ ما لَمْ يَقُلِ المُشْتَرِي ثانيًا: اشْتَرَيْتُ». إلىٰ هنا لَفْظُ روايةِ «**شرح الطَّحَاوِيِّ**».

ثم البَيْعُ عبارةٌ عن مُبادلَةِ المالِ بالمالِ علىٰ سبيلِ التراضِي.

ورُكْنُه: الإِيجَابُ والقَبُولُ، وله شروطٌ:

منها: شَرْطُ الأهليةِ مِن العقلِ والبلوغِ، حتَّىٰ لا يَنْعَقِدَ البَيْعُ مِن الطفلِ.

....

غاية البيان

فأَمَّا الصبيُّ العاقلُ والمَعْتُوهُ: فمِنْ أهلِ البَيْعِ، حتىٰ لو تُوكِّلَا[١] بالبَيْعِ والشِّراءِ، أوْ باعا؛ جاز ونفَذَ عندَنا؛ خلافًا للشَّافعيِّ[٢].

ومنها: شَرْطُ الانعقادِ، وهو المحلُّ، وهو أن يَكُونَ مالًا مُتقَوِّمًا، حتىٰ لو باع الخمرَ، أو الخنزيرَ، أو الميْتةَ، أو الدَّمَ، أوْ جِلْدَ الميْتةِ؛ فلا يَجُوزُ[٣] أصلًا، بخلافِ ما إذا كانت هذه الأشياءُ ثمَنًا؛ فإنه يَنْعَقِدُ البَيْعُ بالقيمةِ.

ومنها: شَرْطُ النفاذِ، وهو المِلْكُ والولايةُ، حتىٰ إذا باع مِلْكَ نَفْسِه نفَذَ، ولو باع الوكيلُ نفَذَ؛ لوجودِ الولايةِ، وحُكْمُ البَيْعِ: ثبوتُ المِلْكِ [٥/٥٠و/م] في المَبِيعِ للمُشْتَرِي، وثبوتُ المِلْكِ في الثَّمَنِ للبائعِ إذا كان البَيْعُ باتًّا مِن غيرِ خِيارٍ.

ثم البَيعُ قسمانِ: نافذٌ ومَوْقُوفٌ.

فالأَوَّلُ: أن يُوجَدَ الركنُ معَ وجودِ الشرطِ[٤] جميعًا.

والثاني: أن يُوجَدَ الركنُ معَ وجودِ شَرْطِ الانعقادِ والأهليَّةِ، لكن لَمْ يُوجَدْ شرْطُ النفاذِ ـ وهو المِلْكُ والولايةُ ـ كما في بَيْعِ الفُضُولِيِّ، فإنه يَتوَقَّفُ عندَنا علىٰ الإجازةِ، وعندَ الشَّافعيِّ: لا يَنْعَقِدُ أصلًا[٥]، والمسألةُ مشهورةٌ.

---

(١) أشار في حاشية الأصل إلىٰ أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «وُكِّلَا» بدل: «تُوكِّلَا». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «م».

(٢) ينظر: «الوجيز في فقه الشافعي» للغزالي [١٤/٤]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٣/٢]. و«روضة الطالبين» للنووي [٣٤٤/٣].

(٣) أشار في حاشية الأصل إلىٰ أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «فإنه لا يجوز» بدل: «فلا يجوز». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «غ».

(٤) أشار في حاشية الأصل إلىٰ أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «الشرائط» بدل: «الشرط». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «ن»، و«غ».

(٥) **وفي المذهب القديم**: هو موقوف؛ إنْ أجازَ مالِكُه نفَذ، وإلا فلا. ينظر: «روضة الطالبين» للنووي=

وَالإِنْشَاءُ يُعْرَفُ بِالشَّرْعِ، وَالْمَوْضُوعُ لِلْإِخْبَارِ قَدِ اسْتُعْمِلَ فِيهِ فَيَنْعَقِدُ بِهِ. وَلَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ، أَحَدُهُمَا: لَفْظُ الْمُسْتَقْبَلِ[1]، بِخِلَافِ النِّكَاحِ، وَقَدْ مَرَّ الْفَرْقُ هُنَالِكَ.

غاية البيان

والمرادُ مِن الانعقادِ: انضمامُ [كلامِ][2] أحدِ العاقِدَيْن إلى الآخرِ على وَجْهٍ يَظْهَرُ أَثَرُه في المحلِّ شرعًا.

والإِيجَابُ: عبارةٌ عمَّا صدَر عن أحدِ المُتَعَاقِدَين أوَّلًا.

سُمِّيَ به: لأن الإِيجابَ نَقِيضُ السَّلْبِ، وهو الإثباتُ، والمتكلِّم منهما أوَّلًا بقولِه: بعْتُ، أو اشْتَرَيْتُ؛ يُرِيدُ إثباتَ العَقْدِ بشَرْطِ أنْ يَنْضَمَّ إليه قبولُ الآخرِ.

أَوْ سُمِّيَ به: لأن قولَه: بعْتُ أو اشْتَرَيْتُ: فِعْلٌ، والفعلُ صَرْفُ المُمْكِنِ مِن الإمكانِ إلى الوجوبِ، فكان قولُه: بعْتُ أو اشْتَرَيْتُ إيجابًا؛ لأنه قبْلَ التلفُّظِ به كان في حَيِّزِ الإمكانِ، فصار بعدَ التلفُّظِ واجبَ الوجودِ لغيرِه.

ثم سُمِّيَ كلامُ الآخرِ: قبولًا؛ لِمَا أوجبَه الآخرُ، وإنْ كان هو أيضًا إيجابًا في الحقيقةِ، حتَّى يَمْتَازَ السابقُ مِن كلامِ المُتَعَاقِدين مِن اللاحقِ.

قولُه: (وَالإِنْشَاءُ) وهو إثباتُ أمرٍ لَمْ يَكُنْ، ويُرَادُ به: الإيجادُ للحالِ.

قولُه: (وَلَا يَنْعَقِدُ بِلَفْظَيْنِ، أَحَدُهُمَا: لَفْظُ الْمُسْتَقْبَلِ)، هذا إذا لَمْ يَنْوِ به الحالَ، فإذا نوَى به انعقَد به أيضًا، وقد مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (وَقَدْ مَرَّ الْفَرْقُ هُنَالِكَ)، أي: مَرَّ الفرقُ بينَ البَيْعِ والنِّكَاحِ في كتابِ

= [٣٥٥/٣]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٥٣٠/٣]. و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٤١/٤].

(١) زَادَ بعده في (ط): «والآخر لفظ الماضي».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَقَوْلُهُ: رَضِيتُ، أَوْ أَعْطَيْتُك بِكَذَا، أَوْ خُذْهُ بِكَذَا فِي مَعْنَىٰ قَوْلِه: بِعْتُ، وَاشْتَرَيْتُ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي مَعْنَاهُ، ....

غاية البيان

النِّكَاحِ، وأشار به: إلىٰ ما قال ثَمَّةَ بقولِه: (لِأَنَّ هَذَا تَوْكِيلٌ بِالنِّكَاحِ، وَالْوَاحِدُ يَتَوَلَّىٰ طَرَفَيِ النِّكَاحِ).

قال في «التحفة»: «قال الشَّافعيُّ رحمه الله: البَيْعُ والنِّكَاحُ سواءٌ، يَنْعَقِدَانِ بِلَفْظَينِ، يُعَبَّرُ بأحدِهما عن المُضِيِّ[١]، والآخرِ عن الحالِ مِن غيرِ نِيَّةٍ».

ثم قال[٢]: «والصحيحُ: مذهبُنا، فإن البَيْعَ في العُرْفِ غالبًا لا يَكُونُ بناءً علىٰ مقدِّماتٍ، ولفظةُ المستقبلِ: للعِدَةِ في الأصلِ، ولفظةُ الأمرِ: للمُساومةِ، فيُحْمَلُ علىٰ حقيقتِه إلا بدليلٍ، ولَمْ يُوجَدْ، بخلافِ النِّكَاحِ؛ لأنه بناءٌ علىٰ مقدِّمةِ الخِطْبةِ، ولا يُحْمَلُ علىٰ المُسَاومةِ بدلالةِ العادةِ»[٣].

قولُه: (وَقَوْلُهُ: رَضِيتُ، أَوْ أَعْطَيْتُك [٥/٥٠ظ/م] بِكَذَا، أَوْ خُذْهُ بِكَذَا)، في معنىٰ قولِه: بعْتُ واشْتَرَيْتُ؛ لأنه يُؤَدِّي معناه.

بيانُه: أن المُشْتَرِيَ إذا قال في جوابِ قولِ البائعِ: بعْتُ، أخذْتُ، أوْ قال: قَبِلْتُ، أوْ رضيْتُ، أوْ قال: فعلْتُ، أوْ نحوَ ذلك، انعقَد البيعُ، وكذا إذا قال البَائِعُ في جوابِ قولِ المُشْتَرِي: اشْتَرَيْتُ، أوْ أعطيْتُه، أوْ بذلْتُ، أوْ رضيْتُ، أوْ هو لك، أوْ خُذْه بكذا؛ انعقَد البَيْعُ؛ لأنه في العُرْفِ يُسْتَعمَلُ لإيجابِ المِلْكِ للحالِ بعِوَضٍ.

وهذا معنىٰ قولِه: (لِأَنَّهُ [٢/٥٢و] يُؤَدِّي مَعْنَاهُ)، أي: معنىٰ قولِه: بعْتُ واشْتَرَيْتُ.

---

(١) أشار في حاشية الأصل: إلىٰ أنه وقع في بعض النُّسَخ: «الماضي». بدل: «المضي». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «غ»، و«ن». ووقَع في المطبوع مِن: «تحفة الفقهاء» كما في «الأصل».

(٢) أي: صاحب «التحفة».

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٣٠ - ٣١].

وَالْمَعْنَىٰ هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ، وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِالتَّعَاطِي فِي النَّفِيسِ وَالْخَسِيسِ، هُوَ الصَّحِيحُ لِتَحَقُّقِ الْمُرَاضَاةِ.

غاية البيان

قوله: (وَالْمَعْنَىٰ هُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي هَذِهِ الْعُقُودِ)، **أي**: في العُقُودِ الشرعيَّةِ، فلَمَّا كان المعنىٰ مُعْتَبرًا فيها؛ انعقَدَ البَيْعُ بسائرِ الألفاظِ التي تُؤَدِّي معنىٰ: بعْتُ واشْتَرَيْتُ.

قال صاحبُ «الإيضاح»: «وهذا أصلٌ لنا في جميعِ العُقُودِ، إلا فيما رُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أن المُفَاوضةَ لا تَنْعَقِدُ إلا بلَفْظِ المُفَاوضةِ؛ لأن هذا العَقْدَ يَشْتَمِلُ علىٰ معَانٍ وشروطٍ، والعوَامُّ لا يُمْكِنُهم استيفاءُ ذلك، حتىٰ إنه لو استَوْفَىٰ بلَفْظٍ آخرَ جاز»[1].

قوله: (وَلِهَذَا يَنْعَقِدُ بِالتَّعَاطِي فِي النَّفِيسِ وَالْخَسِيسِ، هُوَ الصَّحِيحُ)، **أي**: ولأجْلِ أن المعنَىٰ هو المعتبرُ في العُقُودِ الشرعيَّةِ؛ قلنا: بانعقادِ البَيْعِ بالتعاطِي لوجودِ معنىٰ البَيْعِ، وهو المُبَادلةُ معَ التراضِي وإنْ لَمْ يُوجَدْ لَفْظُ: بعْتُ واشْتَرَيْتُ، سواءٌ كان المَبِيعُ نفيسًا؛ بأنْ يَكْثُرَ ثمَنُه كالعبدِ ونحوِه، أوْ خَسِيسًا؛ بأنْ يَقِلَّ ثمَنُه كَالبَقْلِ، والرُّمَّانةِ، والخُبْزِ، واللحمِ، ونحوِ ذلك.

قال في «النوازل»: «قال نُصَيْرٌ: سمعْتُ أبا معاذٍ[2] قال: رأيْتُ سُفْيَانَ الثَّوْرِيَّ جاء إلىٰ صاحبِ الرُّمَّانِ فوضَع [عندَه][3] فَلْسًا، وحَمَل رُمَّانَةً، ولَمْ يَتَكَلَّمْ، ومضَىٰ».

قال الفقيهُ: «**وبهذا نأخذُ**، بجوازِ البَيْعِ بالتعاطِي وإنْ لَمْ يَتَعَاقَدا عَقْدَ البَيْعِ، إلا في قولِ الخوَارِجِ».

---

(١) ينظر: «الإيضاح في شَرْح مختصر الكَرْخِيّ» للكرْمَانِيِّ [ق ١٢٢/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٦)].

(٢) هو خَالِد بْن سليمان، أبو مُعَاذ البَلْخِيُّ، فقيه أهل بلْخ. وقد تقدمت ترجمته.

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «النوازل من الفتاوىٰ» لأبي الليث السمرقَنْدِيّ [ق٤٥/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٩٥)].

....

وقولُه: (وَهُوَ الصَّحِيحُ) احترازٌ عمَّا روَىٰ الكَرْخِيُّ: أن البَيْعَ بالتعاطِي إنما يَنْعَقِدُ في الأشياءِ الخَسِيسةِ دونَ النفِيسَةِ، وعامَّةُ المشايخِ لَمْ يُفَرِّقُوا بينَهُما.

فقال **فخرُ الإسلامِ البَزْدَويُّ** في «**شرح الجامع الصغير**» ـ في البيوعِ في رَجُلٍ قال لرَجُلٍ: بِعْنِي هذا العبدَ لفلانٍ، فاشتراه له، ثم أنكر أن يَكُونَ فلانٌ أَمَرَه بذلك، ثم جاء فلانٌ، فقال: أنا أَمَرْتُه ـ: قال: يَأْخُذُهُ فلانٌ، فإنْ قال فلانٌ: لَمْ آمرْهُ، وقد كان اشتراه لفلانٍ؛ لَمْ يكن لفلانٍ إلا أن يُسَلِّمه [٥/١٥١و/م] له المُشْتَرِيَ، فإنْ سَلَّمه وأخَذَه الذي اشتَراه له؛ كان بيْعًا للذي أخَذه مِن المُشْتَرِي، وكانتِ العهدةُ عليه؛ أي: للآخِذِ علىٰ المُشْتَرِي.

وثبَتَ بهذا: أن بَيْعَ التعاطِي كما يَكُونُ بأخْذٍ وإعطاءٍ، فقد يَنْعَقِدُ بالتسليمِ علىٰ جهةِ البَيْعِ والتمليكِ وإنْ كان أخْذًا بلا إعطاءٍ؛ لعادةِ الناسِ.

وثبَتَ به: أن النفيسَ مِن الأموالِ، والخَسِيسَ في بَيْعِ التعاطِي سواءٌ، وكذلك ذكَرَ الصدرُ الشهيدُ والعَتَّابِيُّ أيضًا في شرحَيْهما في «**الجامع الصغير**».

ونقَلَ في «**خلاصة الفتاوىٰ**» **عن شمسِ الأئمَّةِ الحلوانيِّ**: أنه أفتَىٰ أن التعاطِيَ بأحدِ الجانبَيْن لا يَكُونُ.

ومِن مسائلِ التعاطِي: ما قال في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**»: «إذا قال لآخرَ: بِعْتُك هذا العبدَ بألفِ درهمٍ، فقبَضَهُ المُشْتَرِي ولَمْ يَقُلْ شيئًا؛ يَنْعَقِدُ البَيْعُ بينَهُما».

ثم قال: «[نَصَّ][1] شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «**بيوعِه**»[2]... ؟»[3].

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق ٩٤/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(٢) وقع بالأصل: «في «مبسوطه»». والمثبت من: «ن»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق ٩٤/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(٣) كذا وقع! ولَمْ يذكر المؤلفُ ما نصَّ عليه شيخُ الإسلام خُوَاهَر زَادَه في «بيوعه»؟ وتمام الكلام=

. . . .

ومنها: ما نقَلَ في «خلاصة الفتاوىٰ» عن «المنْتَقَىٰ»: «رَجُلٌ له علىٰ آخرَ ألفُ درهمٍ، فقال الذي عليه المالُ للذي له المالُ: أُعْطِيك بمالِكَ دنانيرَ، فساوَمَه بالدنانيرِ، فلَمْ يَقَعْ بَيْعٌ، ثم فارَقَهُ، فجاءَهُ بالدنانيرِ، فدَفَعها إليه، يُرِيدُ [به][1] الذي كان ساومَ عليه، ثم فارَقه ولَمْ يَسْتأنِف بيْعًا؛ جاز الساعةَ، وكذا لوْ ساوَمَ رَجُلًا بشيءٍ يريدُ شراءَهُ، ولَمْ يَكُنْ معَهُ وِعاءٌ يأْخُذُ فيه، ثم فارَقَه وجاءَه بالوِعَاءِ بعدَ ذلك، فأعطاه الدراهمَ وكَالَ له؛ جاز»[2].

ومنها: ما قال فيها[3] وفي «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجِيُّ»[4]: «رَجُلٌ انتهىٰ إلىٰ وِقْرِ[5] بِطِّيخٍ، فقال: بكم عشرُ بِطِّيخاتٍ مِن هذا البِطِّيخِ بغيرِ عيْنِها، فقال: بكذا، فاشتراها، ثم عزَلَ البائعُ عشرَ بِطِّيخاتٍ [مِن هذا البِطِّيخِ][6]، فقَبِلَها [المُشْتَرِي][7]

= في: «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «نَصَّ خُوَاهَر زَادَه في «بيوعه» في باب حَيَازة المَبِيع ـ إذا قال لآخر: بعْتُك عبدي هذا بكذا، فقال: هو حُرٌّ؛ لا يَثْبُت المِلْك، ولا يَعْتِق، ولو قال: فهو حُرٌّ؛ يَعْتِق ويلزمه الثمَن». ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق ٩٤/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «خلاصة الفتاوىٰ» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق١٨٦/ب/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٢) ينظر: [ق١٨٦/ب/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٣) **يعني**: في «خلاصة الفتاوىٰ».

(٤) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [١٤٥/٣].

(٥) **الوِقْرُ**: الحِمْلُ الثَّقِيل، وأكثر ما يُسْتعمل الوِقْرُ: في حِمْل البغْل والحِمار. وجَمْعُه: أَوْقار. ينظر: «مختار الصحاح» للرازي [ص/ ٣٤٣/مادة: وقر].

(٦) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «م». وليست موجودة في: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [١٤٥/٣]. ولا في: «خلاصة الفتاوىٰ» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق١٨٦/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٧) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة»=

قَالَ: وَإِذَا أَوْجَبَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ الْبَيْعَ ؛ فَالْآخَرُ بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ قَبِلَ فِي الْمَجْلِسِ وَإِنْ شَاءَ رَدَّ ، وَهَذَا خِيَارُ الْقَبُولِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْخِيَارُ يَلْزَمُهُ

غاية البيان

ومضىٰ ؛ جاز استحسانًا وإنْ كان البِطِّيخُ مُتفاوتًا ، وكذا الرُّمَّان ؛ لأنه لَمَّا عَزَلها: كان هذا [٢/٥٢ظ] بمنزلةِ الإِيجَابِ ، فإنْ قَبِلَ المُشْتَرِي: فالآنَ تَمَّ البَيْعُ».

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا أَوْجَبَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ الْبَيْعَ ؛ فَالْآخَرُ بِالْخِيَارِ ، إِنْ شَاءَ قَبِلَ في الْمَجْلِسِ[١] ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّ) ، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[٢].

والخِيَارُ الذي ذكَره: هو خِيَارُ القَبُولِ.

والأصلُ في ثبوتِ الخِيَارِ: ما حدَّثَ البُخَارِيُّ: بإسنادِه إلىٰ حَكِيمِ بْنِ حِزَام[٣] رضي الله عنه قَالَ: قَالَ رَسُولُ الله صلى الله عليه وسلم [٥/٥١ظ/م]: «البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا ، أَوْ قَالَ: حَتَّىٰ يَتَفَرَّقَا ، فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا ، وَإِنْ كَتَمَا وَكَذَبَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا»[٤].

والمرادُ مِن التفرُّقِ: هو التفرُّقُ قولًا لا بدنًا ، وسيَجِيءُ بيانُه بعْدُ إن شاءَ اللهُ تعالىٰ.

ولأن المُشْتَرِيَ لو لَمْ يَثْبُتْ له الخِيارُ بالقَبُولِ ، أو الردِّ ؛ يَلْزَمُ إلزامُ العَقْدِ عليه بلا رضًا ، فلا يَجُوزُ ، وكذا يَثْبُتُ الخِيارُ للبائعِ قبْلَ قَبُولِ المُشْتَرِي ، فإنْ شاء بقِيَ

= [١٤٥/٣]. و«خلاصة الفتاوىٰ» لافتخار الدين البخَارِيِّ [ق١٨٦/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(١) وقع بالأصل: «من». والمثبت من: «ن» ، و«غ».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٧٨].

(٣) وقع بالأصل: «خزام». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ».

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب البيوع/ باب السهولة والسماحة في الشِّرَاء والبيع ومن طلب حقا فليطلبه في عفاف [رقم/ ١٩٧٣] ، ومسلم في كتاب البيوع/ باب الصدق في البيع والبيان [رقم/ ١٥٣٢] ، وغيرهما مِن حديث: حكيم بن حزام رضي الله عنه.

حُكْمُ الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ، وَإِذَا لَمْ يُفِدْ لِحُكْمٍ بِدُونِ قَبُولِ الْآخَرِ فَلِلْمُوجِبِ أَنْ يَرْجِعَ لِخُلُوِّهِ[١] عَنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ، وَإِنَّمَا يَمْتَدُّ إِلَى آخَرِ الْمَجْلِسِ؛ لِأَنَّ

غاية البيان

على إيجابِه، وإنْ شاء رجَع عن ذلك؛ لأنه لَمْ يترتَّبْ على إيجابِه حُكْمُ العَقْدِ قَبْلَ قَبُولِ صاحبِه، فإنْ رجَع بعدَ ذلك عن إيجابِه؛ لا يَلْزَمُ إبطالُ حقِّ صاحبِه، فكان له الرجوعُ.

ثم خِيارُ القبولِ يَمْتَدُّ إلى آخرِ المجلسِ، ما لَمْ يُوجَدْ دليلُ الإعراضِ مِن: القيامِ، أو الاشتغالِ بعملٍ يَدُلُّ على الإعراضِ، فإذا وُجِدَ؛ فلا يَصِحُّ القبولُ بعدَ ذلك، وإنما امتدَّ الخِيارُ إلى آخرِ المجلسِ؛ لأنه خِيارُ تمليكٍ، فوَقَفَ على المجلسِ، كخِيَارِ المُخَيَّرةِ؛ ولأن المجلسَ جامِعٌ للمتفرِّقاتِ، فاعْتُبِر جميعُ ساعاتِه كساعةٍ واحدةٍ؛ طلبًا لليُسْرِ، ودَفْعًا للعُسْرِ والضِّيقِ عن الناسِ، قال اللهُ تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

قال صاحبُ «الهداية»: (وَالْكِتَابُ كَالْخِطَابِ، وَكَذَا الْإِرْسَالُ، حَتَّى اُعْتُبِرَ مَجْلِسُ بُلُوغِ الْكِتَابِ وَأَدَاءِ الرِّسَالَةِ) ونحوُ ذلك.

نحوُ أنْ يَكْتُبَ إليه: أمَّا بعدُ: فقد بعْتُ عبدي فلانًا منك بألفِ درهمٍ، فلَمَّا بلَغَهُ الكتابُ قال في مجلسِه ذلك: اشْتَرَيْتُ؛ تَمَّ البَيْعُ؛ لأن الخِطابَ والجوابَ مِن الغائبِ بالكتابِ يَكُونُ.

وكذا إذا أرسَل رسولًا، نحوُ أنْ يَقُولَ البَائِعُ: بعْتُ عبدِي فلانًا مِن فلانٍ الغائبِ بألفِ درهمٍ، فاذهب [يا فلانُ][٢] إليه فَقُل له، فذهَب الرسولُ فأخبَره بما قال، فقال المُشْتَرِي في مجلسِه ذلك: اشْتَرَيْتُ، أوْ قال: قبِلْتُ؛ تَمَّ البَيْعُ بينَهُما؛

(١) فِي حاشية الأَصْل: «خ: لعرائه».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا في «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [ق١٦٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

الْمَجْلِسَ جَامِعٌ لِلْمُتَفَرِّقَاتِ، فَاعْتُبِرَتْ سَاعَاتُهُ سَاعَةً وَاحِدَةً دَفْعًا لِلْعُسْرِ وَتَحْقِيقًا لِلْيُسْرِ، وَالْكِتَابُ كَالْخِطَابِ، وَكَذَا الْإِرْسَالُ حَتَّىٰ اعْتُبِرَ مَجْلِسُ بُلُوغِ الْكِتَابِ

غاية البيان

لأن الرسولَ مُعَبِّرٌ وسَفِيرٌ، فنُقِلَ كلامُه إليه، فإذا اتصل به الجوابُ يَنْعَقِدُ. كذا في «التحفة»[1]، و«شرح الطَّحَاوِيِّ».

ثم قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «وبعدَما كتبَ شَطْرَ العَقْدِ، أوْ بعدَما أرسَل رسولًا إذا رجَع عن ذلك؛ صحَّ رجوعُه، سواءٌ عَلِم الرسولُ، أوْ لَمْ يَعْلَمْ؛ لِمَا ذكَرْنا أنه يَمْلِكُ [٥/٥٢و/م] الرجوعَ مِن شَطْرِ العَقْدِ قبْلَ قَبُولِ صاحبِه، بخلافِ ما إذا وكَّلَ وكيلًا، ثم عزَلَهُ بغيرِ مَحْضَرٍ منه، فلا يَصِحُّ عزْلُه»[2].

وقال في «التحفة»: «وعلىٰ هذا الجوابُ في الإِجَارةِ[3] والهِبَةِ والكِتَابةِ، فأَمَّا في الخُلْعِ والعِتْقِ علىٰ مالٍ: فإنه يَتَوَقَّفُ شَطْرُ العَقْدِ علىٰ قَبُولِ الآخَرِ في ذلك المجلسِ بالإجماعِ، فإنَّ من قال: خالعْتُ امرأتي [فلانةً][4] الغائبةَ علىٰ ألفِ درهمٍ، فبَلَغَها الخبرُ، فأجازَتْ أوْ قبِلَتْ؛ صَحَّ.

وكذا إذا قال: أعتقْتُ عبدي فلانًا الغائبَ بألفِ درهمٍ؛ فإنه يَتَوَقَّفُ علىٰ إجازةِ العبدِ، وأَمَّا في جانبِ المرأةِ والعبدِ: لا يَتَوَقَّفُ إذا كان الزوجُ والمولَىٰ غائبَيْن، وأَمَّا في النِّكَاحِ: فلا يَتَوَقَّفُ الشطرُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ، وعلىٰ قولِ أبي يوسفَ: يَتَوَقَّفُ»[5].

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٣٢].
(٢) ينظر: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيّ [ق١٦٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].
(٣) وقع بالأصل: «الإجازة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء».
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء».
(٥) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٣٢ ـ ٣٣].

وَأَدَاءُ الرِّسَالَةِ، ....

وتفسيرُه: ما قال في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»: «وهو أن يَقُولَ الرَّجُلُ للشهودِ: اشهدوا أني [قد][1] تزوَّجْتُ فلانةَ بكذا، فبلغَها فأجازَتْ، أوْ قالتِ المرأةُ: هكذا، فبَلَغ الزوجَ الخبرُ فأجاز؛ لا يَجُوزُ في قولِهما، ويَجُوزُ في قولِ أبي يوسفَ، وفي البَيْعِ لا يَتَوقَّفُ [٢/٥٣و] بالإجماعِ».

وقال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في كتابِ النِّكَاحِ مِن «**مبسوطه**»: «كما يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بالكتابِ، يَنْعَقِدُ البَيْعُ، وسائرُ التصرُّفاتِ بالكتابِ أيضًا»[2].

وذكَر شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في «**مبسوطه**»: الخِطابُ والكتابُ سواءٌ، إلا في فَصْلٍ واحدٍ، وهو أنه لو كان حاضرًا فخاطَبَها بالنكاحِ، فلَمْ تُجِبْ في مجلسِ الخِطابِ، ثم أجابَتْه في مجلسٍ آخرَ؛ فإن النِّكَاحَ لا يَصِحُّ.

وفي الكتابِ إذا بلَغَها وقرأَتِ الكتابَ، ولَمْ تُزَوِّجْ نفْسَها منه [في المجلسِ الذي قرأَتِ الكتابَ، ثم زوَّجَتْ[3] نفسَها منه][4] في مجلسٍ آخرَ بين يدَيِ الشهودِ، وقد سمِع الشهودُ كلامَها وما في الكتابِ؛ يَصِحُّ النِّكَاحُ، وإنما كان كذلك؛ لأن الغائبَ إنما صار خاطِبًا لها بالكتابِ، والكتابُ باقٍ في المجلسِ الثاني، فصار بقاءُ الكتابِ في مجلسِه ـ وقد سَمِع الشهودُ ما في الكتابِ في المجلسِ الثاني ـ بمنزلةِ ما لو تكرَّر الخِطابُ مِن الحاضرِ في مجلسٍ آخرَ.

فأَمَّا إذا كان حاضِرًا: فإنما صار خاطِبًا لها بالكلامِ، وما وُجِدَ مِن الكلامِ في

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ». وليست بمُثْبَتَة في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابيّ [ق١٦٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيّ [٥/١٧].

(٣) وقع في «غ»: تزوجت.

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ فِي بَعْضِ الْمَبِيعِ، وَلَا لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَقْبَلَ بعْضَ الثَّمَنِ؛ لِعَدَمِ رِضَا الْآخَرِ بِتَفْرِيقِ الصَّفْقَةِ، إِلَّا إِذَا بَيَّنَ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ صَفقَاتٌ مَعْنًى.

المجلسِ الأوَّلِ: لا يَبْقَىٰ إلىٰ المجلسِ الثاني، [فإنما سَمِع الشهودُ في المجلسِ الثاني][1] أحدَ شَطْرَيِ العَقْدِ، وسماعُ الشاهدِ شَطْرَيِ العَقْدِ في مجلسٍ واحدٍ [٥٢/٥ظ/م]: شرْطٌ لجوازِ النِّكَاحِ.

قولُه: (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ فِي بَعْضِ الْمَبِيعِ، وَلَا لِلْمُشْتَرِي أَنْ يَقْبَلَ بعْضَ الثَّمَنِ؛ لِعَدَمِ رِضَا الْآخَرِ بِتَفَرِيقِ الصَّفْقَةِ، إِلَّا إِذَا بَيَّنَ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ صَفَقَاتٌ مَعْنًىٰ)، بيانُه: أن البائع إذا أَوْجَبَ في شيءٍ، فقَبِل المُشْتَرِي في بعضِ ذلك؛ [فإن ذلك لا يَجُوزُ][2]، أَوْ أوجَب المُشْتَرِي في شيءٍ، فقَبِلَ البائعُ في بعضِه؛ فإن ذلك لا يَجُوزُ؛ لأن فيه تفريقَ الصَّفْقَةِ، وأحدُ العاقِدَيْنِ لا يَمْلِكُ تفريقَ الصَّفْقَةِ علىٰ الآخرِ في الإتمامِ؛ لأن في التفريقِ ضرَرًا، وهذا لأن الإنسانَ قد يَجْمَعُ بينَ الشيئَيْنِ في البَيْعِ والشِّرَاءِ؛ رغبةً في بَيْعِ أحدِهِما أَوْ شرائِه، فإذا قَبِلَ صاحبُه في البعضِ؛ يَفُوتُ الغرضُ المبتَغَىٰ مِن الجمعِ، وهو ضررٌ لا محالةَ، ولأن فيه تصرُّفًا في الإِيجَابِ بردِّ الإِيجَابِ المضافِ إلىٰ الكُلِّ إلىٰ البعضِ، فلا يَصِحُّ.

ولأن فيه إثباتَ الشركةِ، وهي عيبٌ، إلا أنْ يَرْضَىٰ البائعُ في المجلسِ، فحينَئذٍ يَصِحُّ العَقْدُ.

بيانُه: أن قَبُولَ المُشْتَرِي في البعضِ لَمَّا لَمْ يَصِحَّ؛ كان ذلك منه استئنافَ عَقْدٍ، فاحْتِيجَ إلىٰ قبولِ البائعِ في المجلسِ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَأَيُّهُمَا قَامَ عَنِ الْمَجْلِسِ قَبْلَ الْقَبُولِ؛ بَطَلَ الْإِيجَابُ؛ لِأَنَّ الْقِيَامَ دَلِيلُ

مِثالُه: ما إذا قال البائعُ: بِعْتُك هَذَيْن القَفِزَيْن بعشرةٍ، فقال المُشْتَرِي: قبلْتُ في أحدِهما؛ لَمْ يَصِحَّ قبولُه؛ لأنه استئنافُ إيجابٍ مِن المُشْتَرِي، فكان للبائعِ الخِيارُ في القبولِ والردِّ، لكن هذا فيما إذا كان لكلِّ جُزْءٍ حصَّةٌ معلومةٌ مِن الثَّمَنِ؛ بأنْ يَنْقَسِمَ الثَّمَنُ باعتبارِ الأجزاءِ، كما في المثالِ المذكورِ.

أمَّا إذا لَمْ يَكُنْ كذلك؛ فلا يَصِحُّ العَقْدُ، كما إذا كان الثَّمَنُ مُنْقَسِمًا باعتبارِ القِيمَةِ، كما إذا أضاف العَقْدَ إلىٰ عبدَيْنِ، أوْ ثوْبَيْنِ ونحوِ ذلك، فقَبِلَ في أحدِهما؛ لَمْ يَصِحَّ وإنْ رَضِيَ البائعُ في المجلسِ؛ لأن حِصَّةَ إحدَاهما مجهولةٌ، إلا أنْ يُبيِّنَ الثَّمَنَ ويرضَىٰ البائعُ بذلك في المجلسِ.

وهذا الذي ذكرْنا فيما إذا لَمْ يَفَرِّقِ البائعُ في الإيجَابِ، ولو فرَّق فيه، فقال: بِعْتُك هذا العبدَ بمئةٍ، وهذا بمئَتَيْنِ، فللمُشْتَرِي أنْ يَقْبَلَ حينئذٍ في أيِّهما شاءَ؛ لأنه لا يَلْزَمُ تفريقُ الصَّفْقَةِ علىٰ الآخرِ في الإتمامِ.

قال صاحبُ «المغرب»: «الصَّفْقَةُ: ضَرْبُ اليدِ علىٰ اليدِ في [٥/٥٣و/م] البَيْعِ، أو البَيْعَةِ، ثم جُعِلَتْ عبارةً عن العَقْدِ نفسِه»(١).

قولُه: (**وَأَيُّهُمَا قَامَ عَنِ الْمَجْلِسِ قَبْلَ الْقَبُولِ؛ بَطَلَ الْإِيجَابُ**) هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»(٢).

يعني: إذا وُجِدَ الإيجَابُ مِن أحدِ المُتَعَاقِدين، ثم [٢/٥٣ظ] قامَ أحدُهما - أيُّهما كان مِن البائعِ أو المُشْتَرِي - قبْلَ قَبُولِ الآخرِ؛ بطَلَ الإيجَابُ السابقُ؛ لأنَّ القيامَ دليلُ الإعراضِ، كما في المُخَيَّرَةِ.

---

(١) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/٤٧٦].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٧٨].

الْإِعْرَاضِ وَالرُّجُوعِ، ....

غاية البيان

فَإِنْ قُلْتَ: لو كان القيامُ دليلَ الإعراضِ؛ لصحَّ قبولُه صريحًا بعدَ القيامِ؛ لأنَّ الصريحَ أبدًا يَفُوقُ الدِّلالةَ.

قُلْتُ: إنما لَمْ يصحَّ قبولُه صريحًا بعدَ القيامِ؛ لأنه بَطَلَ الإيجَابُ بمجرَّدِ القيامِ؛ لوجودِ الدلالةِ على الإعراضِ، فبَعْدَ ذلك لَمْ يَفِدِ الصريحُ؛ لأن المفسوخَ لا تَلْحَقُهُ الإجازةُ.

وأَمَّا قولُ الفقهاءِ: الصريحُ يَفُوقُ الدَّلالةَ. ففيما إذا تعارضَا، ولَمْ يُوجَدْ ذلك حينَ وجودِ الدلالةِ.

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: فإذا تعاقدَا عَقْدَ البَيْعِ، وهما يَمْشِيان، أوْ يَسِيران على دابَّةٍ [واحدةٍ][1] أوْ دابَّتَيْن، فإنْ أخرجَ المُخَاطَبُ جوابَه مُتَّصِلًا بخِطَابِ صاحبِه؛ تَمَّ العَقْدُ بينَهُما وإنْ فصَلَ عنه[2] وإنْ قَلَّ؛ فإنه لا يَصِحُّ وإنْ كانا على دابَّةٍ واحدةٍ في مَحْمِلٍ واحدٍ؛ لأنه لَمَّا وُجِدَ سَيْرٌ أوْ مَشْيٌ مِن أحدِهما، أوْ منهما جميعًا بينَ الخِطَابَيْنِ، وإنْ قَلَّ؛ فقد بَطَلَ المجلِسُ، وَوُجِد الإعراضُ قبلَ تمامِه؛ فيَبْطُلُ.

أَلَا تَرىٰ أنه لو قَرَأ آيةً واحدةً مِن آيِ السجدةِ، وكرَّرها وهو يَمْشِي، أوْ يَسِيرُ على دابَّةٍ لا يُصَلِّي عليها؛ فإنه يَجِبُ عليه لِكُلِّ قراءةٍ سجدةٌ؛ لتفرُّقِ المكانِ، ولو خَيَّر امرأتَه وهي تمشِي أوْ تَسِيرُ على الدابَّةِ، فإنْ وقَفَتْ: فهي على خِيارِها ما لَمْ تُعْرِضْ عن مجلِسِها ذلك، وإنْ مشَتْ، أوْ سارَتْ: بَطَلَ خِيارُها بإعراضِها عن

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق١٦٥/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

(٢) في: «م»: «وإنْ فصل عنه». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق١٦٥/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)]. لكن نقَل غيرُ واحدٍ العبارةَ كما وقع في الأصل. ينظر: «البناية شرح الهداية» للبدر العيني [١٠/٨]. و«الفتاوىٰ الهندية» [٨/٣].

....

المجلسِ، إلا إذا أخرجَتْ اختيارَها نفْسَها مُتَّصلًا بتَخْييرِ الزوجِ إيَّاها؛ بانَتْ منه إذا نوَىٰ الزوجُ طلاقًا.

ولو تَبَايَعا وهما في السَّفِينَةِ تجْرِي، فوُجِدَتْ سكْتةٌ بينَ الخِطابَيْنِ؛ فلا يَمْنَعُ انعقادَ البَيْعِ بينَهُما، والسَّفِينَةُ بمنزلةِ البيتِ؛ لأنهما لا يَمْلِكان إيقافَها، فجَرَيانُ السَّفِينَةِ لَمْ يُضَفْ إليهما، فلا يَنْقَطِعُ مجلسُهُما بجَرَيانِها، بخلافِ الدابَّةِ؛ لأنهما يَمْلِكانِ الإيقافَ، فيُضَافُ سيْرُ الدابَّةِ إليهما، أَلَا تَرَىٰ أنه لو قرَأ آيةَ [٥/٥٣ظ/م] السجدةِ مرارًا في السَّفِينَةِ وهي تجْرِي؛ فلا يَجِبُ عليه إلا سجدةٌ واحدةٌ. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»[١].

ثم قال فيه: «ولو خيَّرَ امرأَتَه وهي واقفةٌ، فسار الزوجُ، أوْ مشَىٰ قبْلَ أن تَخْتَارَ المرأةُ، ثم اختارَتِ المرأةُ نفسَها؛ وقَع الطلاقُ إنْ نوَىٰ الزوجُ طلاقًا، ولو سارَتِ المرأةُ قبلَ الاختيارِ، ثم اختارَتْ؛ فلا يَقَعُ شَيءٌ مِن الطلاقِ، وإنما يَقْتَصِرُ علىٰ مجلِسِها خاصَّةً دونَ مجلسِ الزوجِ، بخلافِ البَيْعِ؛ لأن فيه يَقْتَصِرُ علىٰ مجلِسِها».

و[قال][٢] **في «خلاصة الفتاوىٰ»**: «رَجُلان يمْشِيانِ، فقال أحدُهما لآخرَ: بِعْتُ منك كذا بكذا، وقال الآخرُ بعدَما مشَىٰ خُطوةً أوْ خُطوتَيْن: اشْتَرَيْتُ؛ صحَّ. هكذا ذكَر في «**مجموع النوازل**»[٣].

---

(١) ينظر: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق١٦٥/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) **لعله يعني به**: «مجموع النوازل، والحوادث، والواقعات». للشيخ، الإمام: أحمد بن موسىٰ بن عيسىٰ بن مأمون الكشي، ت في حدود سنة: ٥٥٠ هـ). وهو: كتاب لطيف في فروع الحنفية. جمَعَ فيه جملةً مِن كُتُب فتاوىٰ المَذْهب. ينظر: «كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١٦٠٦].

وَلَهُ ذَلِكَ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا.

وَإِذَا حَصَلَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ: لَزِمَ الْبَيْعُ، وَلَا خِيَارَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، إِلَّا مِنْ عَيْبٍ أَوْ عَدَمِ رُؤْيَةٍ.

غاية البيان

وقال الصدرُ الشهيدُ في «الفتاوىٰ»: ظاهِرُ الروايةِ لا يَصِحُّ، ولو كان المُشْتَرِي في صلاةِ الفريضةِ وفرَغ وقَبِلَ؛ جاز، [ولو كان في صلاةِ التطوُّعِ، فقال البائعُ: بِعْتُك كذا بكذا، فأضاف إليها ركعةً أُخرىٰ، ثم قَبِلَ؛ جاز][1].

ولو كان في يدِه قدحُ ماءٍ، فشَرِبَ، ثم قال: قَبِلْتُ؛ جاز، وكذا بلقمةٍ واحدةٍ لا يَتَبَدَّلُ المجلسُ، أمَّا إذا اشتغَل بالأكلِ؛ يَتَبَدَّلُ المجلسُ، ولو كانا نائِمَيْنِ، أوْ نام أحدُهما، إنْ كان مضطجعاً؛ فهي فُرْقَةٌ، أمَّا إذا كانا نائِمَيْن جالِسَيْن؛ لا تكُونُ فُرْقَةٌ في «المنْتَقىٰ» . . » . إلىٰ هنا لَفْظُ روايةِ «الخلاصة»[2].

قولُه: (وَلَهُ ذَلِكَ)، أي: لكلِّ واحدٍ منهما الإعراضُ والرجوعُ عمَّا أوجَب الموجبُ قبْلَ قَبُولِ الآخرِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا) إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ الْخِيَارُ؛ يَلْزَمُهُ حُكْمُ العَقْدِ مِنْ غَيْرِ رِضَاهُ) إلىٰ قولِه: (فَلِلْمُوجبِ أَنْ يَرْجعَ؛ لِخُلُوِّهِ عَنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ).

قولُه: (وَإِذَا حَصَلَ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ: لَزِمَ الْبَيْعُ، وَلَا خِيَارَ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا، إِلَّا مِنْ عَيْبٍ أَوْ [٢/٥٤و] عَدَمِ رُؤْيَةٍ)، هذا لَفْظ القُدُورِيِّ في «مختصره»[3].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «خلاصة الفتاوىٰ» لافتخار الدين البخَارِيِّ [ق١٨٤/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخَارِيِّ [ق١٨٤/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٧٨].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يَثْبُتُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا خِيَارُ الْمَجْلِسِ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «الْمُتَبَايِعَانِ بِالْخِيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا».

غاية البيان

[اعلم][1]: أن الإيجابَ والقَبُولَ إذا حصَلا مِن الأهلِ مضافًا إلى المحلِّ مع شرطِ النفاذِ ـ وهو المِلْكُ والولايةُ ـ لزمَ البَيْعُ، وليس لواحدٍ مِن المُتَعَاقِدَيْن بعدَ ذلك فسْخُ العَقْدِ في المجلسِ، ولا بعدَ افتراقِهما إلا برضاءِ الآخَرِ، وهو مذهبُ أصحابِنَا ومالكٍ[2] وسُفْيَانَ رَحِمَهُمُ اللَّهُ.

وقال الشَّافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: [يَثْبُتُ][3] لكلِّ واحدٍ منهما خِيارُ المجلسِ[4]، وهو مذهبُ أحمدَ[5] وإسحاقَ.

وَجهُ قولِ الشَّافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: قولُه عَلَيْهِ السَّلَامُ: **«المُتَبايِعَانِ[6] بِالخِيَار فِي بَيْعِهِمَا مَا لَمْ** [٥/٥٤و/م] **يَتَفَرَّقَا، أَوْ يَكُونُ البَيْعُ خِيارًا»**[7]. رواه البُخَارِيُّ مُسْنَدًا إلى ابن عُمَر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

ورَوَى البُخَارِيُّ: مُسْنَدًا إلى حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ [قال][8]:

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٢/٧٠١]. و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٥/٣]. و«الشرح الصغير» للدردير [٣/٧].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٤) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٣/٤٣٤]، و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٣/٩٩]. و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٤/١٠٩].

(٥) ينظر: «الروض المربع» للبهوتي [ص/ ٣٢٢]. و«المبدع في شرح المقنع» لابن مفلح [٤/٦٢]، و«المغني» لابن قدامة [٣/٤٨٣].

(٦) وقع بالأصل: «البَيِّعَانِ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «صحيح البخاري» ولفْظُه هناك: «**إنَّ المُتبَايِعَيْنِ بِالخِيَارِ**».

(٧) أخرجه: البخاري في كتاب البيوع/ باب كم يجوز الخِيَار [رقم/ ٢٠٠١]، وغيره من حديث: ابن عُمَر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٨) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

وَلَنَا: أَنَّ فِي الْفَسْخِ إِبْطَالَ حَقِّ الْآخَرِ فَلَا يَجُوزُ. وَالْحَدِيثُ مَحْمُولٌ عَلَىٰ خِيَارِ الْقَبُولِ. وَفِيهِ إِشَارَةٌ إِلَيْهِ؛ فَإِنَّهُمَا مُتَبَايِعَانِ حَالَةَ الْمُبَاشَرَةِ لَا بَعْدَهَا أَوْ يَحْتَمِلُهُ فَيُحْمَلُ عَلَيْهِ، وَالتَّفَرُّقُ تَفَرُّقُ الْأَقْوَالِ.

غاية البيان

«البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتفَرَّقَا»[1].

وروىٰ **البُخَارِيُّ أيضًا**: بإسنادِه إلىٰ ابن عُمَر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: **«البَيِّعَانِ بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَفْتَرِقَا، أَوْ يَقُولُ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ: اخْتَرْ»**[2].

وروىٰ[3]: عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: **«المُتَبايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالخِيَارِ عَلَىٰ صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ الخِيَارِ»**[4].

وروىٰ: عَنْ ابْنِ عُمَرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمَا، عن رسول الله ﷺ أنه قال: **«إِذَا تَبَايَعَ الرَّجُلَانِ، فَكُلُّ[5] وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالخِيَارِ مَا لَمْ يَتفَرَّقَا، وَكَانَا جَمِيعًا، أَوْ يُخَيِّرُ أَحَدُهُمَا الآخَرَ، وَتَبَايَعَا عَلَىٰ ذَلِكَ؛ فَقَدْ وَجَبَ البَيْعُ، وَإِنْ تَفَرَّقَا بَعْدَ أَنْ يَتَبَايَعَا وَلَمْ يَتْرُكْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا البَيْعَ، فَقَدْ وَجَبَ البَيْعُ»**[6].

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب البيوع/ باب إذا لَمْ يوقت في الخِيَار هل يجوز البيع [رقم/ ٢٠٠٣]، وغيره من حديث: ابن عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ.

(٣) يعني: **البُخَارِيُّ**.

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب البيوع/ باب البيعان بالخِيَار ما لَمْ يتفرقا [رقم/ ٢٠٠٥]، ومسلم في «صحيحه» في كتاب البيوع/ باب ثبوت خِيَار المجلس للمتبايعين [رقم/ ١٥٣١]، وغيرهما من حديث: ابن عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ. وهذا لَفْظ البخاري.

(٥) وقع بالأصل: «وكل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٦) أخرجه: البخاري في كتاب البيوع/ باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع [رقم/ ٢٠٠٦]، ومسلم في «صحيحه» في كتاب البيوع/ باب ثبوت خِيَار المجلس للمتبايعين [رقم/ ١٥٣١]، وغيرهما من حديث: ابن عمر رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ. وهذا لَفْظ البخاري.

....

غاية البيان

ثم الشَّافعيُّ رضي الله عنه أخذ بظاهرِ هذه الأحاديثِ، وحمَل التفرُّق على الفُرْقة بالأبدانِ، لا بالكلامِ، وقال: معنى قولِه: «أَوْ يَكُونُ البَيْعُ خِيَارًا» وهو أنْ يقُول أحدُهما لصاحِبِه ـ وهما بَعْدُ في المجلسِ ـ: اخْتَر، فإذا فعَل ذلك؛ انقطَع الخِيارُ الأوَّلُ الذي قد شُرِطَ فيه التفرُّقُ.

ولنا: قولُ اللهِ تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ﴾ [النساء: ٢٩]. والبيعُ تجارةٌ.

وَجهُ الاستدلالِ بالآيةِ: أن اللهَ تعالى أباح الأكلَ بوجودِ التجارةِ عن تراضٍ، والبَيْعُ تجارةٌ عن تراضٍ، فلو ثبتَ لكلِّ واحدٍ مِن المُتَبايِعَيْنِ خِيارُ المجلسِ؛ لَمْ يَجُزْ تصرُّفُ المُشْتَرِي فيه بالأكلِ.

وقولُه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] والبَيْعُ عَقْدٌ يَلْزَمُ الوفاءُ به بظاهرِ الآيةِ، فلو كان خِيارُ المجلسِ ثابتًا؛ لَمْ يَكُنِ الوفاءُ بعَقْدِ البَيْعِ لازمًا، وقولُه تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

وجهُ الاستدلالِ: لأنَّ اللهَ تعالى ندَبَ الإشهادَ على عَقْدِ البَيْعِ لِلتَّوْثِقَةِ، فلو كان خِيارُ المجلسِ ثابتًا؛ لَمْ يَكُنْ لِلتَّوْثِقَةِ فائدةٌ.

ويَدُلُّ على هذا: ما رَوى البُخَارِيُّ في «الصحيح»: بإسنادِهِ إلى ابن عُمَر رضي الله عنهما أَنَّ النَّبِيَّ صلى الله عليه وسلم قَالَ: **«مَنِ ابْتَاعَ طَعَامًا، فَلا يَبِعْهُ حَتَّى يَقْبِضَهُ»**[1]. وفي روايةٍ: **«حَتَّى يَسْتَوْفِيَهُ»**[2].

---

(١) أخرجه: البخاري في كتاب البيوع/ باب ما يذكر في بيع الطعام والحكرة [رقم/ ٢٠٢٦]، ومسلم في كتاب البيوع/ باب بطلان بيع المبيع قبل القبض [رقم/ ١٥٢٦]، وغيرهما من حديث: ابن عُمر رضي الله عنهما.

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب البيوع/ باب الكَيْل على البائع والمعطي [رقم/ ٢٠١٩]، ومسلم في=

....

غاية البيان

بيانُه: أن النبيَّ ﷺ [٥/٥٤ظ/م] جوَّزَ بَيْعَه بعدَ القبضِ، فلو كان خِيارُ المجلسِ ثابتًا؛ لَمْ يَكُنْ بَيْعُهُ جائزًا، وَقَدْ نَهَىٰ النَّبِيُّ ﷺ: «عَنْ بَيْعِ الطَّعَامِ حَتَّىٰ يَجْرِيَ فِيهِ الصَّاعَانِ، صَاعُ البائعِ وصَاعُ المُشْتَرِي»[1].

بيانُه: أن النبيَّ ﷺ أجاز بَيْعَ الطعامِ بعدَ جَريانِ الصاعيْن بلا شرطِ الافتراقِ، ولو كان خِيارُ المجلسِ ثابتًا؛ لاشْتَرط ذلك.

[٢/٥٤ظ] **ورَوَىٰ البُخَارِيُّ أيضًا**: بإسنادِه إلىٰ ابنِ عُمَر رضي الله عنهما **أَنَّ رَسُولَ اللهِ** ﷺ قَالَ: «**مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ، فَثَمَرُهَا**[2] **لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ المُبْتَاعُ**»[3].

بيانُه: أن النبيَّ ﷺ أزال مِلْكَ البائعِ عن النَّخْلِ بمجرَّدِ العَقْدِ، وعن الثمرِ

= كتاب البيوع/ باب بطلان بيع المبيع قبل القبض [رقم/ ١٥٢٦]، وغيرهما من حديث: ابن عُمَر رضي الله عنهما.

(١) أخرجه: وابن ماجه في كتاب التجارات/ باب النهي عن بيع الطعام قبل مالم يقبض [رقم/ ٢٢٢٨]، والدارقطني في «سننه» [٣/٨]، ومن طريقه: البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٥/٣١٦]، وغيرهم من طريقين: عن ابن أبي ليلىٰ عن أبي الزبير عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه به نحوه.
قال الزيلعي: «وهو مَعْلُولٌ بابن أبي ليلىٰ».
وقال البوصيري: «هذا إسناد ضعيف؛ لضَعْف محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلَىٰ أبو عبد الرحمن الأنصاري».
وقال ابنُ حجر: «وأخرجه: البزار من حديث أبي هُرَيْرَةَ بسند جيد، وزاد في آخره: «**فَيَكُونُ لِصَاحِبِهِ الزِّيَادَةُ، وَعَلَيْهِ النُّقْصَانُ**»». ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [٤/٣٤]، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٥٥]. و«مصباح الزجاجة في زوائد ابن ماجه» للبوصيري [١/٩٠].

(٢) أشار في حاشية الأصل: إلىٰ أنه وقع في بعض النُّسَخ: «فثمرتها». بدل: «فثمرها». وهو الموافق لِمَا وقَع في «غ». وهما روايتان للبخاري ومسلم.

(٣) أخرجه: البخاري في كتاب البيوع/ باب من باع نخلا قد أبرت أو أرضا مزروعة أو بإجارة [رقم/ ٢٠٩٠]، ومسلم في كتاب البيوع/ باب من باع نخلا عليها ثمر [رقم/ ١٥٤٣]، وغيرهما من حديث: ابن عُمر رضي الله عنهما.

. . . .

بِشَرْطِ المُبْتَاعِ، بدونِ شرطِ الافتراقِ، فلو كان خِيارُ المجلسِ ثابتًا؛ لَمْ يَسْتَحِقَّ المُشْتَرِي ذلك قَبْلَ الافتراقِ.

والمعقولُ في المسألةِ: أن النِّكَاحَ، والخُلْعَ، والعِتْقَ علىٰ مالٍ، والكِتَابةَ كلُّ واحدٍ منهما يَصِحُّ، وَيَتِمُّ بلا خِيارِ المجلسِ، فَيَجِبُ أن يَكُونَ البَيْعُ كذلك.

والجامعُ: كونُ العاقدِ راضيًا بما تضَمَّنَه عقْدُه مِن إيجابِ المِلْكِ بلا شرْطِ خِيارِ المجلسِ.

ولأن البَيْعَ بعدَ الإيجابِ والقبولِ تَمَّ، وتعَلَّق حقُّ كلِّ واحدٍ منهما[1]، فلا يَجُوزُ إبطالُ حقِّ كلِّ واحدٍ [منهما][2] بإثباتِ الخِيارِ لصاحبِه، كما في الإِجَارةِ.

ولأنه خِيارٌ لا يَثْبُتُ بعدَ الافتراقِ، فلا يَثْبُتُ قَبْلَ الافتراقِ، ولا يَلْزَمُ خِيارُ الشرطِ والعَيْبِ والرؤيةِ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما كما يَثْبُتُ في المجلسِ؛ يَثْبُتُ بعدَ المجلسِ.

والجوابُ عن قولِه ﷺ: «المُتَبَايِعَانِ بِالخِيَار مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا»[3].

فنقولُ: رَوَاه مالكٌ في **«الموطَّأ»**[4]، ولَمْ يُثْبِتْ[5] خِيارَ المجلسِ، فلو كان ذلك مرادًا بالحديثِ؛ لكان أَوْلَىٰ الناسِ بالعملِ به.

---

(١) أشار في حاشية الأصل: إلىٰ أنه وقع في بعض النسخ: «من المتعاقدين». بدل: «منهما». وهو الموافق لِمَا وقَع في و«م». و«ن».

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) أخرجه: مالك في «الموطأ» [٦٧١/٢]. عَنْ نَافِعٍ، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: **«الْمُتَبَايِعَانِ كلّ واحدٍ منهما بِالْخِيَارِ عَلَىٰ صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا، إِلَّا بَيْعَ الْخِيَارِ»**.
قال مالك: «وليس لهذا عندنا حَدٌّ معروف، ولا أَمْرٌ معمول به فيه».

(٥) **يعني**: مالكًا.

. . . .

أو نقولُ: المرادُ منه خِيارُ القبولِ ؛ لأن سياقَ الحديثِ يدلُّ على ذلك ؛ لأنهما يُسَمَّيان مُتَبايِعَيْن حقيقةً حالةَ التشاغُلِ بفِعْلِ البَيْعِ ؛ بأنْ يَقُولَ أحدُهما: بِعْنِي ، ويَقُولَ الآخرُ: بعْتُ ، فيَتَخَيَّرُ كلُّ واحدٍ منهما بعدَ ذلك.

أمَّا البائعُ: فله الخِيارُ ، إمَّا أن يَثْبُتَ على ما قال ، أوْ يَرْجِعَ عنه.

وأَمَّا المُشْتَرِي: فله الخِيارُ أيضًا ، إمَّا أنْ يَقْبَلَ ، أوْ يَرُدَّ ما داما في المجلسِ ، وهو تأويلُ قولِه عليه السلام: «كَانَا[1] جَمِيعًا»[2]. ولا يُسَمَّيانِ مُتَبايِعَيْنِ [٥/٥٥و/م] بعدَ انقضاءِ فِعْلِ البَيْعِ إلا مجازًا.

والأصلُ في الكلامِ: الحقيقةُ ، أوْ يحتَمِلُ الحديثُ ما قلنا ، فيُحْمَلُ عليه توفيقًا بينَه وبينَ ما قلنا مِن الدلائلِ النَّقْلِيَّةِ والعَقْلِيَّةِ ؛ لأن الأصلَ: هو الجمْعُ بينَ الدلائلِ والعملُ بهما جميعًا.

أوْ نقولُ: سُمِّيَ المُتَساوِمَانِ مُتَبايعيْن ؛ لقُرْبِهما مِن التَّبَايُعِ ، كما سُمِّيَ إسحاقُ أوْ إسماعيلُ ذَبِيحًا ؛ لقُرْبِه مِن الذبْحِ ، أَلَا تَرىٰ أن النبيَّ ﷺ أَطلَق اسمَ البَيْعِ على السَّوْمِ في قولِه عليه السلام: «وَلَا يَبِيعُ الرَّجُلُ عَلَىٰ بَيْعِ أَخِيهِ»[3]. رواه البُخَارِيُّ مُسْنَدًا إلى ابنِ عُمَر رضي الله عنهما عن النبي ﷺ[4]. ويُرْوَىٰ: «لَا يَسُومُ الرَّجُلُ عَلَىٰ سَوْمِ أَخِيهِ»[5].

---

(١) في «غ»: «وكانا». وهو الموافق للفْظ البخاري.

(٢) هذا جزء من حديث مضىٰ تخريجه.

(٣) هذا جزء من حديث أخرجه: البخاري في كتاب البيوع/ باب لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه حتى يأذن له أو يترك [رقم/ ٢٠٣٣] ، ومسلم في كتاب النكاح/ باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك [رقم/ ١٤١٣] ، وغيرهما من حديث: أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه. وهذا لَفْظ البخاري.

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب البيوع/ باب لا يبيع على بيع أخيه ولا يسوم على سوم أخيه حتى يأذن له أو يترك [رقم/ ٢٠٣٢] ، من حديث: بن عُمَر رضي الله عنه.

(٥) أخرجه: البخاري في كتاب الشروط/ باب الشروط في الطلاق [رقم/ ٢٥٧٧] ، ومسلم في كتاب=

....

فدلَّ [على][1] أن أحد اللفظَيْن يُنْبِئُ على معنَى الآخرِ.

يَدُلُّ على ما قُلنا: سياقُ الحديثِ، وهو قولُه ﷺ: «**إلَّا بَيْعَ الخِيَار**»[2]. لأنه أثبتَه بيْعًا معَ الخِيارِ، فدلَّ [أيضًا][3] أن المرادَ مِن قولِه ﷺ: «**المُتَبايِعَانِ بِالخِيَارِ**»[4]: حالُ البَيْعِ[5]، وهو السَّوْمُ.

وأمَّا التفَرُّقُ المذكورُ في الحديثِ: ففيه وجهان عندَنا:

يجوزُ أنْ يُرَادَ به: التفَرُّقُ بالأبدانِ.

ويجوزُ أنْ يُرَادَ به: التفَرُّقُ بالأقوالِ.

فمعنى الأوَّلِ: أن أحدَ المُتَعَاقِدَيْن إذا قال لصاحبِه: قد بِعْتُك هذا العبدَ؛ فله قبولُه في المجلسِ ما لَمْ يُفَارِقْهُ، ولهذا صحَّ الرجوعُ فيه قبْلَ قبولِ الآخرِ، فإن افترَقا قَبْلَ القبولِ وتمامِ البَيْعِ؛ لَمْ يَكُنْ له القبولُ، وانفَسَخ الإيجابُ.

وفائدتُه: أن خِيارَ القبولِ مقصورٌ على المجلسِ دونَ غيرِه، رَوَى هذا التأويلَ: أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ في «**شرح الآثار**»: عن عِيسَى بْنِ أَبَانَ[6]، ويُرْوَى ذلك عن

= النكاح/ باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح [رقم/ ١٤٠٨]، وأحمد في «المسند» [٤١١/٢]، من حديث: أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه به. واللفظ لأحمد.

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «م»، «غ».

(٢) جزء من حديث مضى تخريجه.

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «م».

(٤) جزء من حديث مضى تخريجه.

(٥) في: «ن»: «حالُ المَبِيع». والمؤلفُ نقَلَ هذه العبارة وما قبْلها (وإنْ لَمْ يُصرِّح بذلك) مِن «شرح الطحاوي» للجصاص [١٠/٣]، وهي هناك كما وقعَتْ بالأصل.

(٦) ينظر: «شرح معاني الآثار» للطحاوي [١٣/٤].

. . . .

غاية البيان

أبي يوسفَ أيضًا(١)، وليس هذا لَفْظُ «**شرح الآثار**»، بل معناهُ.

ومعنى الثاني ـ وهو التفرُّقُ بالأقوالِ ـ: أن البائعَ [٢/٥٥و] إذا قال له: قد بِعْتُك هذا العبدَ؛ فله الرجوعُ فيه قبلَ أنْ يَقْبلَه الآخرُ، فإنْ قَبِلَهُ الآخرُ؛ فقد تفرَّق هو والبائعُ، وانقطَع الخِيارُ.

وهذا كما قال **اللهُ** تعالى: ﴿وَإِن يَتَفَرَّقَا يُغْنِ ٱللَّهُ كُلًّا مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [النساء: ١٣٠] فكان الزوجُ إذا قال للمرأةِ: قد طلقْتُكِ على كذا، فقالتِ المرأةُ: قبِلْتُ؛ فقد بانَتْ وتفرَّقا بذلك القولِ، وإنْ لَمْ يَتفرَّقا بأبدانِهما، ورَوَى هذا التأويلَ: أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ في «**شرح الآثار**»(٢)، عن محمَّدِ بنِ الحسنِ.

ويُقالُ [٥/٥٥ظ/م] **في عرفِ الناسِ في مِثْلِ هذا**: اجتمَع الناسُ على كذا، وافترقُوا عن كذا، وهم حضورٌ في المجلسِ.

والدليلُ على أن الافتراقَ بالأقوالِ يُسَمَّى افتراقًا ـ وإنْ لَمْ يُوجَدِ الافتراقُ بالأبدانِ ـ: قولُه تعالى: ﴿وَمَا تَفَرَّقَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ إِلَّا مِنۢ بَعْدِ مَا جَآءَتْهُمُ ٱلْبَيِّنَةُ﴾ [البينة: ٤]. وقولُه ﷺ: «**سَتَفْتَرِقُ أُمَّتِي عَلَى ثَلَاثٍ وَسَبْعِينَ فِرْقَةً**»(٣). رواه أبو هُرَيْرَةَ رضي الله عنه في «**السنن**».

---

(١) ينظر: المصدر السابق.

(٢) ينظر: «شرح معاني الآثار» للطحاوي [٤/١٣].

(٣) هذا جزء مِن حديث أخرجه: أحمد في «مسنده» [٢/٣٣٢]، وأبو داود في كتاب السُّنة/ باب شرح السُّنة [رقم/ ٤٥٩٦]، والترمذي في كتاب الإيمان عن رسول الله ﷺ/باب ما جاء في افتراق الأمة [رقم/ ٢٦٤٠]، وابن ماجه في كتاب الفتن/ باب افتراق الأمم [رقم/ ٣٩٩١]، وغيرهم من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه به نحوه.
قال الترمذي: «حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح».

قَالَ: وَالْأَعْوَاضُ الْمُشَارُ إِلَيْهَا لَا يُحْتَاجُ إِلَىٰ مَعْرِفَةِ مِقْدَارِهَا فِي جَوَازِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ بِالْإِشَارَةِ كِفَايَةٌ فِي التَّعْرِيفِ ....

غاية البيان

وروى صاحب «السنن»: بإسناده إلىٰ مُعَاوِيَةَ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَلَا إِنَّ مَنْ قَبْلَكُمْ مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ افْتَرَقُوا عَلَىٰ ثِنْتَيْنِ وَسَبْعِينَ مِلَّةً، وَإِنَّ هَذِهِ الْمِلَّةَ سَتَفْتَرِقُ عَلَىٰ ثَلَاثٍ وَسَبْعِينَ: ثِنْتَانِ وَسَبْعُونَ فِي النَّارِ، وَوَاحِدَةٌ فِي الْجَنَّةِ، وَهِيَ الْجَمَاعَةُ»(١).

قوله: (قَالَ: وَالْأَعْوَاضُ الْمُشَارُ إِلَيْهَا لَا يُحْتَاجُ إِلَىٰ مَعْرِفَةِ مِقْدَارِهَا فِي جَوَازِ الْبَيْعِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»(٢).

اعلم: أن الأعواضَ إذا كانت مشارًا إليها، سواءٌ كانت ثمنًا أوْ مُثْمنًا؛ لا يُشْتَرطُ فيها معرفةُ المقدارِ في جوازِ البَيْعِ؛ لأن بالإشارةِ يحْصُلُ التعريفُ المُنافِي للجهالةِ المُفْضِيَةِ إلىٰ المُنازعةِ المانعةِ مِن التَّسْلِيمِ والتَّسَلُّمِ الذي(٣) أوجبَهما عَقْدُ البَيْعِ.

فكلُّ جهالةٍ لا تمْنَعُ التَّسْلِيمَ والتَّسَلُّمَ؛ لا تمْنَعُ جوازَ العَقْدِ، كما في جهالةِ القِيمَةِ، وكَيْلٍ مِن صُبْرَةٍ(٤) إذا بِيعَ ذلك منهما(٥)، وجهالةِ عددِ الثيابِ المُعَيَّنَةِ،

---

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب السُّنة/ باب شرح السُّنة [رقم/ ٤٥٩٧]، وأحمد في «المسند» [٤/ ١٠٢]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [١/ ٢١٨]، من طريق بَقِيَّة بنِ الوَلِيد، قَالَ: حَدَّثَنِي صَفْوَانُ، قَالَ: حَدَّثَنِي أَزْهَرُ بْنُ عَبْدِ اللهِ الْحَرَازِيُّ، عَنْ أَبِي عَامِرٍ الْهَوْزَنِيِّ، عَنْ مُعَاوِيَةَ بْنِ أَبِي سُفْيَانَ رضي الله عنه به.
قال الحاكم: «هذا إسناد تقوم به الحجة في تصحيح هذا الحديث».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٧٨].

(٣) وقع بالأصل: «الذين». والمثبت من: «م».

(٤) الصُّبْرَةُ: الكُومَةُ مِن الطَّعامِ. ويقال: اشترىٰ الطعامَ صُبْرَةً: يعني جُزافًا بلا كيْلٍ أَوْ وَزْن. وجَمْعُها: صُبَرٌ وصِبَارٌ. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/ ٥٠٦].

(٥) في: «غ»: «ذلك منها».

[٢/و] وَجَهَالَةُ الْوَصْفِ فِيهِ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ.

وَالْأَثْمَانُ الْمُطْلَقَةُ لَا تَصِحُّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَعْرُوفَةَ الْقَدْرِ وَالصِّفَةِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ

غاية البيان

لكنَّ هذا في غيرِ الأموالِ الرِّبَوِيَّةِ.

أَمَّا في الأموالِ الرِّبَوِيَّةِ: فإذا قُوبِلَتْ بجنسِها: كالذهبِ بالذهبِ، والفضةِ بالفضةِ، والحِنْطَةِ بالحِنْطَةِ، والشَّعيرِ بالشَّعيرِ، ونحوِ ذلك؛ فإن العَقْدَ لا يَجُوزُ مع جهالةِ القَدْرِ فيها؛ لاحتمالِ الرِّبا.

واحترَزَ بالأعواضِ المشارِ إليها: عما لَمْ يُشَرْ إليه كما في السَّلَمِ؛ لأن معرفةَ القَدْرِ في الْمُسْلَمِ فيه شرْطٌ لجوازِ العَقْدِ؛ لأن الجهالةَ فيه مُفْضِيةٌ إلى المُنَازَعَةِ المانعةِ مِن التَّسَلُّمِ والتَّسْلِيمِ؛ لأن ربَّ السَّلَمِ يُطالِبُ الْمُسْلَمَ إليه بالمُسْلَمِ فيه زائدًا على ما يَدْفَعُهُ الْمُسْلَمُ إليه، فتقعُ المُنَازَعَةُ لا محالةَ؛ لأن أحدَهما لا يَرْضَى بما قال الآخَرُ.

قولُه: (وَجَهَالَةُ الْوَصْفِ فِيهِ)، أي: جهالةُ القَدْرِ في العِوَضِ المشارِ إليه.

قولُه: (وَالْأَثْمَانُ الْمُطْلَقَةُ لَا تَصِحُّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ مَعْرُوفَةَ الْقَدْرِ وَالصِّفَةِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1].

والمرادُ بالأثمانِ المُطْلَقَةِ: الدراهمُ [٥/٥٦و/م] والدنانيرُ؛ لأنهما أَثْمانٌ بكلِّ حالٍ؛ لأنَّ اللهَ تعالى خلَقَ الذهبَ والفضَّةَ ثمنًا للأشياءِ.

والمعنَى بالثمَنِيَّةِ: كونُه بحالٍ يُقَدَّرُ به ماليَّةُ الأشياءِ، ويُتَوصَّلُ به إليها، وهما بهذه الصِّفَةِ قبلَ الصياغةِ وبعدَها.

ويَجُوزُ أَنْ يُرَادَ بها: المُطْلَقَةُ عن قَيْدِ الإشارةِ؛ بأنْ يَقُولَ مثلًا: بعْتُ بذهبٍ،

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٧٨].

وَالتَّسَلُّمُ وَاجِبٌ بِالْعَقْدِ، وَهَذِهِ الْجَهَالَةُ مُفْضِيَةٌ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَيَمْتَنِعُ التَّسْلِيمُ

أو قال: بفضَّةٍ؛ فلا يَجُوزُ العَقْدُ إلا ببيانِ القَدْرِ: كالخمسةِ، والعشرةِ، والوصفِ: كالبُخَارِيِّ، والسَّمَرْقَنْدِيِّ؛ لأنه إذا لَمْ يُبَيِّنِ القَدْرَ والصِّفَةَ يُفْضِي إلى المُنَازَعَةِ المانعةِ مِن التَّسْلِيمِ والتَّسَلُّمِ [٢/٥٥ظ]، فلا يحْصُلُ المقصودُ مِن العَقْدِ؛ فيَبْطُلُ العَقْدُ، وهذا لأن وَضْعَ الأسبابِ يَقْطَعُ المنازعاتِ، بأنْ يَكُونَ كلُّ مَن فاز بالسببِ، فاز بالمُسَبَّبِ، فإذا أفضَى العَقْدُ إلى المُنَازَعَةِ؛ عاد على موضوعِه بالنقْضِ، ففسَد العَقْدُ.

ويَنْبَغِي لك أنْ تَعْرِفَ الفرقَ بينَ المَبِيعِ والثَّمَنِ:

فقال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «**مختصره**»: «ما يتَعَيَّنُ في العَقْدِ فهو مَبِيعٌ، وما لَمْ يتَعَيَّن فهو ثَمَنٌ»(١).

ونقَلَ رُكنُ الإسلام أبو الفضلِ الكَرْمَانِيُّ في «**الإيضاح**»: عن الفَرَّاءِ أنه قال: «الثَّمَنُ ما كان في الذِّمَّةِ».

ثم الأموالُ ثلاثةُ أنواعٍ: ثَمَنٌ مُطْلَقٌ، وسلعةٌ مَحْضَةٌ، ودائرٌ بينَهُما.

بيانُ ذلك: فيما قال صاحبُ «**التحفة**»: «ثم الدراهمُ والدنانيرُ أَثْمانٌ أبدًا، سواءٌ كان في مقابلتِها أمثالُها، أوْ أَعْيَانٌ صَحِبَها حرفُ «الباءِ» أوْ لا، حتى إن في الأَثْمانِ يَصِيرُ صَرْفًا، ولو كانت بمقابلتِها(٢) السلعةُ تَصيرُ ثمَنًا، والسلعةُ مَبِيعًا على كلِّ حالٍ؛ لأنها أَثْمانٌ مُطْلَقةٌ على كلِّ حالٍ، فلا تتَعَيَّنُ بالتعْيينِ.

وأَمَّا الأعيانُ التي ليست مِن ذواتِ الأمثالِ: كالثيابِ، والدُّورِ، والعَقاراتِ،

---

(١) ينظر: «الإيضاح شرح مختصر الكرخي» للكرماني [٤٩/أ].

(٢) وقع بالأصل: «مقابلتها». والمثبت من: «ن»، و«غ». وفي: «تحفة الفقهاء»: «وَإِذا كَانَت فِي مقابلتها السّلْعَة».

وَالتَّسَلُّمُ، وَكُلُّ جَهَالَةٍ هَذِهِ صِفَتُهَا تَمْنَعُ الْجَوَازَ، هَذَا هُوَ الْأَصْلُ.

والعبيدِ، والعَددِيَّاتِ المُتَفاوتةِ[1] كالْبطاطيخ[2] والثِّمارِ، فهي مَبيعَةٌ، وتتعَيَّنُ بالتعْيينِ، ولا يَجُوزُ البَيْعُ فيها إلا عيْنًا، إلا فيما يَجوزُ فيه السَّلَمُ كالثيابِ، بخلافِ القياسِ.

ثم الثيابُ كما تَثْبُتُ ديْنًا في الذِّمَّةِ مَبيعًا بطريقِ السَّلَمِ: تَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ مُؤَجَّلًا بطريقِ السَّلَمِ[3]، والأجَلُ شرْطٌ في الثيابِ، لا لأنه شرْطٌ في الأثْمانِ، ولكن شَرْطٌ لتصيرَ مُلْحقةً بالسَّلَمِ في كونِها دَيْنًا في الذِّمَّةِ.

وأَمَّا [٥/٥٦ظ/م] **المَكِيلُ والمَوْزُونُ والعَدَدِيُّ المُتَقَارِبُ**: إنْ كانت في مقابلتِها أَثْمانٌ؛ فهي مَبيعَةٌ، وإنْ كان في مقابلتِها أمثالُها ـ أعني: المَكِيلَ والمَوْزُونَ والعَدَدِيَّ المُتَقَارِبَ ـ فكلُّ ما كان موصوفًا في الذِّمَّةِ؛ يَكُونُ ثمَنًا، وكلُّ ما كان مُعَيَّنًا يَكُونُ مَبيعًا.

وإنْ كان كلُّ واحدٍ منهما موصوفًا في الذِّمَّةِ، فما صَحِبَهُ حرْفُ: «الباءِ» يَكُونُ ثمَنًا، والآخرُ مَبيعًا؛ لأن هذا مما يَتَعَيَّنُ بالتعْيينِ، ويَثْبُتُ دَيْنًا في الذِّمَّةِ أيضًا، فيَتَعَيَّن أحدُ الوجهَيْنِ بالدليلِ»[4]. إلىٰ هنا لَفْظُ «**التحفة**».

قولُه: (وَكُلُّ جَهَالَةٍ هَذِهِ صِفَتُهَا)، أي: كلُّ جهالةٍ مُفْضِيةٍ إلىٰ المُنَازعةِ تمْنَعُ

---

(١) وقع بالأصل: «والعَدَدِيَّات المتقارِبَة». وكذا وقع في المطبوع من: «تحفة الفقهاء»، والمثبت من: «ن»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [ق ٧٦/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٩١)].

(٢) **البَطَاطِيخ**: جَمْع بِطِّيخ. وكأنه جمْعُ الجَمْع. ينظر: «تكملة المعاجم العربية» لرينهارت دُوزِي [٣٦٤/١].

(٣) وقع بالأصل: «بطريق الثَّمَن». وكذا وقع في المطبوع من: «تحفة الفقهاء»، والمثبت من: «ن»، و«م». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [ق ٧٧/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٩١)].

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣٨/٢ ـ ٣٩].

قَالَ: وَيَجُوزُ الْبَيْعُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَمُؤَجَّلٍ، إذَا كَانَ الْأَجَلُ مَعْلُومًا؛ لِإِطْلَاقِ قَوْلِهِ تَعَالَىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥] وَعَنْ النَّبِيِّ ﷺ: أَنَّهُ اشْتَرَىٰ مِنْ يَهُودِيٍّ طَعَامًا إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ وَرَهَنَهُ دِرْعَهُ.

غاية البيان

جوازَ العَقْدِ.

قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ الْبَيْعُ بِثَمَنٍ حَالٍّ وَمُؤَجَّلٍ، إذَا كَانَ الْأَجَلُ مَعْلُومًا)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»(١).

وذلك: لقولِه تعالىٰ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]. فدلَّ بإطلاقِه علىٰ جوازِ البَيْعِ بمُطْلَقِ الثَّمَنِ حالًّا كان أوْ مُؤَجَّلًا؛ لأن اللهَ تعالىٰ أَحَلَّ البَيْعَ، ولَمْ يَفْصِلْ بينَ ثَمَنٍ وثَمَنٍ.

وقد حدَّث البُخَارِيُّ في «الصحيح»: بإسنادِه إلىٰ الأَسْوَدِ، عَنْ عَائِشَةَ ﵂ قَالَتْ: «اشْتَرَىٰ رَسُولُ اللهِ ﷺ طَعَامًا مِنْ يَهُودِيٍّ بِنَسِيئَةٍ»(٢). وفي روايةٍ: «إِلَىٰ أَجَلٍ، وَرَهَنَهُ دِرْعًا لَهُ مِنْ حَدِيدٍ»(٣).

وأَمَّا كونُ الأجَلِ معلومًا: فلِما رُوِيَ في «**الصحيح**» و«**السنن**»: إلىٰ ابْنِ عَبَّاسٍ ﵄ قَالَ: قَدِمَ رَسُولُ الله ﷺ الْمَدِينَةَ وَهُمْ يُسْلِفُونَ فِي التَّمْرِ السَّنَتَيْنِ وَالثَّلَاثَةَ، فقَالَ رَسُولُ الله ﷺ: «**مَنْ أَسْلَفَ فِي تَمْرٍ؛ فَلْيُسْلِفْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ، وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ، إِلَىٰ أَجَلٍ مَعْلُومٍ**»(٤).

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٧٨].

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب السَّلَم/ باب الكفيل في السَّلَم [رقم/ ٢١٣٣]، ومسلم في «صحيحه» في كتاب المساقاة/ باب الرهن وجوازه في الحضر والسفر [رقم/ ١٦٠٣]، وغيرهما من حديث: عائشة ﵂.

(٣) أخرجه: البخاري في كتاب السَّلَم/ باب الرهن في السَّلَم [رقم/ ٢١٣٤]، من حديث: عائشة ﵂ به نحوه.

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب السَّلَم/ باب السَّلَم إلىٰ أجل معلوم [رقم/ ٢١٣٥]، ومسلم في كتاب=

وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْأَجَلُ مَعْلُومًا؛ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ فِيهِ مَانِعَةٌ مِنَ التَّسْلِيمِ الْوَاجِبِ بِالْعَقْدِ، فَهَذَا يُطَالِبُهُ بِهِ فِي قَرِيبِ الْمُدَّةِ، وَهَذَا يُسَلِّمُهُ فِي بَعِيدِهَا.

قَالَ وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ فِي الْبَيْعِ كَانَ عَلَىٰ غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ؛ لِأَنَّهُ الْمُتَعَارَفُ، وَفِيهِ التَّحَرِي لِلْجَوَازِ فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ.

غاية البيان

والمعنىٰ فيه: أن الأجَلَ إذا كان مجهولًا؛ لا يُفْضِي إلىٰ المُنَازَعةِ المانعةِ مِن التَّسْليمِ[1] الذي أوجبه العَقْدُ؛ لأن البائعَ يُطالِبُ المُشْتَرِيَ بتسليمِ الثَّمنِ في مدَّةٍ قريبةٍ، والمُشْتَرِي يُرِيدُ تسليمَه في مدَّةٍ [٢/٥٦و] بعيدةٍ، فتقعُ المُنَازعةُ لا محالةَ، ووَضْعُ الأسبابِ لرَفْعِ المُنَازعةِ، فإذا أَدَّىٰ العَقْدُ إلىٰ المُنَازعةِ بسببِ الجهالةِ؛ كان فاسدًا؛ لعَرَاءِ العَقْدِ عن المقصودِ.

قولُه: (فَهَذَا يُطَالِبُهُ)، أي: البائعُ يُطالِبُ المُشْتَرِيَ، (وَذلِكَ)، أي: المُشْتَرِي (فِي بَعِيدِهَا)، أي: في بَعِيدِ المُدَّةِ.

قولُه: ([قَالَ][2] وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ فِي الْبَيْعِ كَانَ عَلَىٰ غَالِبِ نَقْدِ الْبَلَدِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «فإنْ كانتِ النُّقُودُ مختلفةً؛ فالبَيْعُ فاسدٌ، إلا أنْ يُبيِّنَ أحدَها»[3].

اعلم: أن الثَّمنَ إذا أُطْلِقَ في البَيْعِ؛ بأنْ يُذْكَرَ القَدْرُ دونَ الصِّفَةِ، مِثْلُ أنْ يَقُولَ المُشْتَرِي مثلًا: اشْتَرَيْتُ بعشرةِ دراهمَ، ولَمْ يُقَيِّدها بِالْبُخَارِيَّةِ، أو السَّمَرْقَنْدِيَّةِ ونحوِ ذلك [٥/٥٧و/م]، أوْ قال: اشْتَرَيْتُ بكذا مِثْقَالًا، ولَمْ يُقَيِّدها بالْخَلِيفَتِيِّ والرُّكْنِيِّ ونحوِ ذلك.

= المساقاة/ باب السَّلَم [رقم/ ١٦٠٤]، وأبو داود في كتاب الإجارة/ باب في السلف [رقم/ ٣٤٦٣]، وغيرهم من حديث: ابن عباس رضي الله عنهما به نحوه. وهذا لَفْظ أبي داود.

(١) في «غ»: «مِن التَّسْلِيم والتَّسَلُّم».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٧٨].

فَإِنْ كَانَتْ النُّقُودُ مُخْتَلِفَةً فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ أَحَدَهَا، وَهَذَا إِذَا كَانَت الْكُلُّ فِي الرَّوَاجِ سَوَاءً؛ ....

غاية البيان

يَكُونُ المرادُ مِن الثَّمَنِ المذكورِ: ما كان غالِبَ نَقْدِ البلدِ؛ لأنه هو المتفاهَمُ في عُرفِ الناسِ، والمُطْلَقُ مِن الألفاظِ يَنصَرِفُ إليه بدلالةِ العُرْفِ.

ولأنه لو لَمْ يُحْمَلْ عليه؛ يَفْسُدُ العَقْدُ للجهالةِ، وأمورُ المسلمين محمولةٌ على الصلاحِ والسَّدادِ، دونَ الفسادِ ما أمْكَن، فيُحْمَلُ على المتفاهَمِ في عُرْفِ البلدِ؛ تحَرِّيًا للجوازِ.

فإذا كانت في البلدِ نُقُودٌ مختلفةٌ وتَرُوجُ على السواءِ؛ يَكُونُ البَيْعُ فاسدًا؛ للجهالةِ المانعةِ مِن التَّسْليمِ والتَّسَلُّمِ، إلا إذا كان البعضُ أَرْوَجَ، فيَكُونُ هو المرادَ، أوْ يُبَيِّنُ[1] بعضَ النُّقُودِ بكونِه هو المرادَ، فتزولُ الجهالةُ [حينئذٍ][2]، فيَصِحُّ العَقْدُ.

لكنْ فسادُ البَيْعِ في الرَّواجِ على السواءِ: إذا كانتِ النُّقُودُ تَخْتَلِفُ ماليَّتُها؛ بأنْ يَكُونَ البعضُ أفضلَ مِن الآخرِ.

أمَّا إذا استوَتْ ماليَّتُها: يَقَعُ العَقْدُ جائزًا، ويُؤَدَّى المقدارُ[3] المذكورُ مِن أيِّ نقْدٍ كان مِن أنواعِ النُّقُودِ؛ لأنه لا مُنَازَعَةَ حينئذٍ؛ لأنه لا تفاوُت بينَهُما لا في الرَّوَاجِ، ولا في الماليَّةِ.

قولُه: (إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ أَحَدَهَا)، أي: أحدَ النُّقُودِ المختلفةِ، وهو استثناءٌ مِن قولِه: (فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ)، يعني: إذا بَيَّنَ أحدَ النُّقُودِ جاز.

قولُه: (وَهَذَا إِذَا كَانَ[4] الْكُلُّ فِي الرَّوَاجِ سَوَاءً)، أي: فسادُ البَيْعِ في اختلافِ

(١) وقع بالأصل: «أوْ يبين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) في: «غ»: «ويُؤَدَّى إلى المقدار».

(٤) وقع بالأصل: «إِذَا كَانَتْ». والمثبت من: «م»، و«غ».

لِأَنَّ الْجَهَالَةِ مُفْضِيَةً إِلَىٰ الْمُنَازَعَةِ إِلَّا أَنْ تَرْتَفِعَ الْجَهَالَةُ بِالْبَيَانِ أَوْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا أَغْلَبَ وَأَرْوَجَ فَحِينَئِذٍ يُصْرَفُ إِلَيْهِ تَحَرِّيًا لِلْجَوَازِ، وَهَذَا إِذَا كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فِي الْمَالِيَّةِ، فَإِنْ كَانَتْ سَوَاءً فِيهَا كَالثُّنَائِيِّ وَالثُّلَاثِيِّ وَالنُّصْرَتِيِّ الْيَوْمَ بِسَمَرْقَنْدَ وَالِاخْتِلَافُ بَيْنَ الْعَدَالِيِّ بِفَرْغَانَةَ جَازَ الْبَيْعُ إِذَا أُطْلِقَ اسْمَ الدِّرْهَمِ، كَذَا قَالُوا، وَيَنْصَرِفُ إِلَىٰ مَا قُدِّرَ بِهِ مِنْ أَيِّ نَوْعٍ كَانَ؛ لِأَنَّهُ لَا مُنَازَعَةَ وَلَا اخْتِلَافَ فِي الْمَالِيَّةِ.

غاية البيان

النُّقُودِ إذا كانت مستَوِيةَ الرَّوَاجِ، فإذا كان أحدُهما أَرْوَجَ؛ جاز العقدُ[1].

قولُه: (وَهَذَا إِذَا كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فِي الْمَالِيَّةِ)، أي: فسادُ العَقْدِ في النُّقُودِ المستويةِ الرَّوَاجِ، فيما إذا كانت تلك النُّقُودُ تَخْتَلِفُ ماليَّتُها، فإذا استوَتْ في الماليَّةِ؛ فلا فسادَ.

قولُه: (فِيها)، أي: في الماليَّةِ.

قولُه: (كَالثُّنَائِيِّ وَالثُّلَاثِيِّ وَالنُّصْرَتِيِّ الْيَوْمَ بِسَمَرْقَنْدَ).

والثُّنَائِيُّ: ما كان الاثنانِ منه يُعْتَبرُ دَانَقًا.

وَالثُّلَاثِيُّ: ما كان الثلاثةُ منه يُعتَبرُ دَانَقًا.

وَالنُّصْرَتِيُّ: بِسَمَرْقَنْدَ بمنزلةِ النَّاصِرِيِّ بِبُخَارَىٰ. كذا قال [الإمامُ][2] حميدُ الدينِ الضَّريرُ في «**فوائده**».

قولُه: (وَالِاخْتِلَافُ بَيْنَ الْعَدَالِيِّ بِفَرْغَانَةَ)، وهي لغةُ فقهاءِ ما وراءَ النهرِ، يُسَمُّون الدرهمَ: عَدْلِيًّا، وقد استعملُوها في كُتبِهم.

قولُه: (كَذَا قَالُوا)، أي: قال المتأخِّرون مِن المشايخِ.

---

(١) وقع بالأصل: «جاز البيع». والمثبت من: «ن»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

قَالَ: وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّعَامِ وَالْحُبُوبِ مُكَايلَةً وَمُجَازَفَةً، ....

ثم اعلم: أن المرادَ مِن قولِه: (وَمَنْ أَطْلَقَ الثَّمَنَ)، هو الإطلاقُ عن الصِّفةِ فحسبُ، فإنه إذا أطلَقَ عن القَدْرِ أيضًا [٥/٥٧ظ/م]؛ تَكُونُ المسألةُ تلك المسألةَ بعَيْنِها في قولِه: (وَالْأَثْمانُ الْمُطْلَقَةُ لَا تَصِحُّ)، قبْلَ الاستثناءِ، فيَلزمُ التَّكْرارُ، فتلك المسألةُ قبْلَ الاستثناءِ إطلاقٌ عن القَدْرِ والصِّفَةِ جميعًا، وبعدَ الاستثناءِ تقْييدٌ بهما جميعًا، وهذه مُطْلَقةٌ عن الصِّفَةِ مُقَيَّدَةٌ بِالقَدْرِ، فكانت غيرَهما.

قولُه: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الطَّعَامِ وَالْحُبُوبِ مُكَايلَةً وَمُجَازَفَةً)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره».

والمرادُ مِن جوازِ البَيْعِ [٢/٥٦ظ] مُجَازَفَةً: إذا باع بخلافِ الجنسِ؛ لِمَا رُوِيَ في «شرح الآثار»: مُسْنَدًا إلى عُبادَةَ بْنِ الصَّامِت رضي الله عنه قَالَ: «أَمَرَنَا رَسُولُ اللهِ ﷺ: أَنْ نَبِيعَ الذَّهَبَ بِالْفِضَّةِ، وَالْبُرَّ بِالشَّعِيرِ، وَالشَّعِيرَ بِالْبُرِّ، يَدًا بِيَدٍ، كَيْفَ شِئْنَا»[1].

ولأن الجهالةَ لا تُفْضِي إلى المُنَازعةِ، فلا تَمْنَعُ التَّسْلِيمَ كجهالةِ القِيمَةِ، مِثْلُ: ما إذا اشترى شيئًا مجهولَ القِيمةِ بثَمَنٍ معلومٍ، ولا يَدْرِي أن القِيمةَ أزْيَدُ مِن الثَّمنِ، أوْ أنقَصُ منه، ولا يُعْتَبرُ بتلكَ الجهالةِ؛ لأنها لَيْسَتْ بمانعةٍ مِن التَّسْلِيمِ، وهذا معنى قولِه: (فَشَابَهَ جَهَالَةَ الْقِيمَةِ).

أمَّا إذا باعَ الطعامَ جنسًا بجنسٍ مُجَازَفَةً، فلا يَجُوزُ؛ لاحتمالِ الرِّبا؛ لأن[2]

(١) هذا جزء من حديث أخرجه: أحمد في «مسنده» [٥/٣٢٠]، والنسائي في «سننه» في كتاب البيوع/ باب بيع البر بالبر [رقم/ ٤٥٦٠]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/٥]، وغيرهم من حديث: عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ رضي الله عنه.

قال العيني: «طريق صحيح، ورجاله ثقات». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيِّ [١١/٣٣٧].

(٢) وقع بالأصل: «لأنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

....

عِلَّةَ ربا الفضْلِ: القَدْرُ، أو الجنسُ[1]، وهي موجودةٌ، فإذا باع الطعامَ جنسًا بجنسٍ فيما لا يَدْخُلُ تحتَ القَدْرِ - وهو الكَيْلُ مثلًا - بِالمُجَازفةِ؛ جاز كبَيْعِ الْحَفْنَةِ بِالْحَفْنَةِ، فإنه جائزٌ عندَنا؛ لعدمِ المُقَدَّرِ، وكذلك[2] السَّفَرْجَلةُ[3] بالسَّفَرْجَلتَيْن، والتمرةُ بالتمرتَيْن.

وقال في «خلاصة الفتاوى»: «أدنى ما يَكُونُ مالُ الرِّبا: نِصْفَ صاعٍ، حتى لو باع مَنًّا مِن الحِنْطَةِ بمَنٍّ ونِصْفِ مَنٍّ يَجُوزُ»[4].

ونَقَل في «الفتاوى الصغرى»[5]: عن المُعَلَّى بنِ منصورٍ عن محمدٍ: أنه كرِه التَّمَرَةَ بالتَّمَرَتين. وقال: كلُّ شيءٍ حَرُمَ في الكثيرِ، فالقليلُ منه حرامٌ.

والمرادُ مِن الطعامِ في العُرْفِ: الحِنْطَةُ ودَقِيقُها، فلهذا عطَفَ الحُبُوبَ على الطعامِ، وإنْ كان يَشْتَمِلُ اسمُ الطعامِ على الحُبُوبِ أيضًا.

وأراد بالحبوبِ: سائرَ الحبوبِ، مِثْلُ الحِمَّصِ والعَدَسِ، ونحوُ ذلك.

قولُه: (مُكَايَلَةً وَمُجَازَفَةً).

والمُكَايَلَةُ: معاملةُ الشخصِ الشخصَ بِالكَيْلِ، قال في **«ديوان الأدب»**: «يُقالُ: كايلْتُه: إذا كالَ لكَ وكِلْتَ له»[6].

---

(١) وقع بالأصل: «والجنس». والمثبت من: «ن».

(٢) وقع بالأصل: «وذلك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) **السَّفَرْجَلةُ**: مؤنَّث السَّفَرْجَلُ. وهي فَاكِهَة. وقيل: شجَر مُثْمِر مِن الفصيلة الوَرْدية. والجمع: سَفَارِج. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٤) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/ ١٨٣].

(٥) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/ ٩٦].

(٦) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [٣/٤٤٣].

وَهَذَا إِذَا بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «إِذَا اخْتَلَفَ النَّوْعَانِ؛ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا بِيَدٍ» بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَهُ بِجِنْسِهِ مُجَازَفَةً لِمَا فِيهِ مِن

غاية البيان

والجُزَافُ: في البَيْعِ والشِّرَاءِ، وهو الحَدْسُ[1] بلا كَيْلٍ ولا وَزْنٍ، وكان [٥/٥٨و/م] القياسُ: الكسْرُ لو بُنِيَ على الفعلِ. كذا في «**المغرب**»[2].

وقال في «**الجمهرة**»: «الجَزْفُ: الأخْذُ بكثرةٍ، ومِن ذلك قولُهم: جَزَفَ له في الكَيْلِ؛ إذا أَكثَرَ، ومنه: الجُزَافُ والمُجَازفةُ في الشِّرَاءِ والبَيْعِ، وهو يَرْجِعُ إلى المُساهَلَةِ»[3].

قولُه: (وَهَذَا إِذَا بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ)، إشارةٌ إلى جوازِ بَيْعِ الطعامِ والحُبُوبِ مُجَازَفَةً لا مُكَايَلَةً؛ لأن البَيْعَ في صورةِ المُكَايلةِ يَجُوزُ مطلقًا بلا قيْدٍ، خلافَ الجنسِ؛ لوجودِ المُسَوِّي.

قولُه: (لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ: «إِذَا اخْتَلَفَ النَّوْعَانِ؛ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ يَدًا بِيَدٍ»).

ولفظُ الحديثِ في «**السنن**»: «**إِذَا اخْتَلَفَتْ هَذِهِ الْأَصْنَافُ؛ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ، إِذَا كَانَ يَدًا بِيَدٍ**»[4].

وحدَّثَ مالكٌ في «**الموطأ**»: عن ابنِ شهابٍ: أن عبدَ اللهِ بن عُمَر رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا كان

(١) وقع بالأصل: «بالحَدْسِ». والمثبت من: «م»، و«غ».

(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/١٤٥ - ١٤٦].

(٣) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٤٧٠].

(٤) أخرجه: مسلم في «صحيحه» في كتاب المساقاة/ باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدا [رقم/ ١٥٨٧]، وأحمد في «مسنده» [٥/٣٢٠]، وأبو داود في كتاب البيوع/ باب في الصرف [رقم/ ٣٣٥٠]، وغيرهم من حديث: عبادة بن الصامت رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. وهو عند مسلم وأحمد في سياق أتم.

احْتِمَالِ الرِّبَا؛ وَلِأَنَّ الْجَهَالَةَ غَيْرُ مَانِعَةٍ مِنَ التَّسْلِيمِ فَشَابَهَ جَهَالَةَ الْقِيمَةِ.

قَالَ: وَيَجُوزُ بِإِنَاءٍ بِعَيْنِهِ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ، وَبِوَزْنِ حَجَرٍ بِعَيْنِهِ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ؛ لِأَنَّ الْجَهَالَةَ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ لِمَا أَنَّهُ يَتَعَجَّلُ فِيهِ التَّسْلِيمِ فَيَنْدُرُ

يقول: «لَا بَأْسَ أَنْ يُؤْخَذَ الْوَاحِدُ بِالْاثْنَيْنِ مِن الطَّعَامِ إِذَا اخْتَلَفَ يَدًا بِيَدٍ»[1].

قولُه: (وَلِأَنَّ الْجَهَالَةَ)، عَطْفٌ على قولِه: (لِقَوْلِهِ ﷺ).

قولُه: (فَشَابَهَ جَهَالَةَ الْقِيمَةِ)، مَرَّ بيانُه.

قولُه: (قَالَ: وَيَجُوزُ بِإِنَاءٍ بِعَيْنِهِ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ، وَبِوَزْنِ حَجَرٍ بِعَيْنِهِ لَا يُعْرَفُ مِقْدَارُهُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[2].

اعلم: أن السَّلَمَ لا يَجُوزُ إلا بِمِكْيَالٍ معروفٍ معلومِ القَدْرِ، فإذا اشْترطَ بِمِكْيَالٍ غيرِ معروفٍ، أوْ بإناءٍ لا يُعْرَفُ قدْرُه؛ لا يَجُوزُ، وبَيْعُ العينِ بِمِكْيَالٍ لا يُعْرَفُ قدْرُه جائزٌ، كما إذا اشترىٰ كذا قَفِيزًا مِن صُبْرَةٍ بإناءٍ لا يُعْرَفُ قدْرُه يدًا بيدٍ.

والفرقُ: أن التَّسْلِيمَ في بَيْعِ العينِ واجبٌ للحالِ، فيَحْصُلُ ذلك غالبًا؛ لقيامِ المِلْكِ واليدِ، فلا يَمْتَنِعُ جوازُ البَيْعِ لعَجْزٍ مَوْهُومٍ بهلاكِ الإناءِ؛ لأنه نادرٌ، فلا يُعْتَدُّ به، فلو اعْتُبِرَ العجزُ المَوْهُومُ؛ لَمْ يَجُزْ عَقْدٌ أصلًا، والتَّسْلِيمُ في السَّلَمِ ليس بواجبٍ في الحالِ [٢/٥٧و]، بل هو مُؤَجَّلٌ إلىٰ مدَّةٍ، والهلاكُ قبلَ زمانِ التَّسْلِيمِ ليس بنادرٍ.

---

(١) أخرجه: مالك في «الموطأ/ رواية عبد الرحمن بن القاسم» [ص/ ٦٩]، سمعتُ أن ابن عُمَر قال: «لا بأس بما اختلف مِن الطعام: اثنين بواحدٍ يدًا بيدٍ».
قلنا: ولَمْ نظفر به مِن رواية مالك عن ابن شهاب، بل لَمْ نره في جملة مِن روايات «الموطأ» الأخرىٰ إلا مِن كلام مالك نفْسه، ليس فيه ابن عُمَر ولا غيره! ينظر: «موطأ مالك/ رواية أبي مصعب الزهري» [٢/٣٥١]. ورواية يحيىٰ الليثي [١/٢٧٥].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٧٨].

هَلَاكُهُ قَبْلَهُ بِخِلَافِ السَّلَمِ؛ لِأَنَّ التَّسْلِيمَ فِيهِ مُتَأَخِّرٌ وَالْهَلَاكُ لَيْسَ بِنَادِرٍ قَبْلَهُ فَتَتَحَقَّقُ الْمُنَازَعَةُ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ أَيْضًا، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَظْهَرُ.

قَالَ: وَمَنْ بَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ كُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ؛ جَازَ الْبَيْعُ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ

غاية البيان

فإذا لَمْ يُعْرَف مقدارُ الإناءِ أو الحجَرِ فهلَك؛ يُفْضِي إلىٰ المُنَازعةِ، وهو خلافُ وَضْعِ الأسبابِ، فلهذا اشْتُرِطَ في السَّلَمِ أن يَكُونَ الْمُسْلَمُ فيه معلومَ الكَيْلِ أو الوزنِ، حتىٰ تَكُونَ القدرةُ علىٰ التَّسْلِيمِ ثابتةً حكمًا، فترتفِعُ المُنَازَعَةُ.

قال صاحبُ «الهداية»: (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ أَيْضًا)، روىٰ ذلك: الفقيهُ أبو الليثِ في [٥/٥٨ظ/م] **«العيون»**، ثم قال: «وهو قولُ أبي يوسفَ الأوَّلُ»، ثم رجَع، فقال: «إذا كان الإناءُ مما لا يَتَّسِعُ إذا حُشِيَ فيه؛ فالبَيْعُ جائزٌ، مِثْلُ الطَّسْتِ، ونحوُ ذلك.

وأمَّا الزَّنْبِيلُ[١] **والجُوَالِقُ**[٢]: فلا يَجُوزُ» يعني: لاحتمالِ الزيادةِ والنُّقْصَانِ.

قولُه: (هَلَاكُهُ قَبْلَهُ)، أي: هلاكُ الإناءِ، أو الحَجَرُ[٣] قبلَ التَّسْلِيمِ.

قولُه: (وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ وَأَظْهَرُ)، أراد به: ما ذكَره القُدُورِيُّ بقولِه: «ويَجُوزُ بإناءٍ بعَيْنِه لا يُعْرَفُ مقدارُه»[٤].

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ بَاعَ صُبْرَةَ طَعَامٍ كُلُّ قَفِيزٍ بِدِرْهَمٍ؛ جَازَ الْبَيْعُ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ

---

(١) **الزَّنْبِيلُ**: القُفَّة الكبيرة أو الوِعاء يُحْمَل فيه. والجمْعُ: زَنَابِيل. ينظر: «لسان العرب» لابن منظور [١١/٣٠٠/مادة: زبل]، و«المعجم الوسيط» [١/٣٨٨].

(٢) **الجُوَالِق** ـ بضَمّ الجيم أوْ كَسْرها ـ: وعاءٌ مِن صُوفٍ أو شَعرٍ أو غيرهما، وجمْعُه: جَوالِقُ، وجَوَالِيق. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) وقع بالأصل: «والحجر». والمثبت من: «ن»، و«غ».

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٧٨].

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، إِلَّا أَنْ يُسَمِّيَ جُمْلَةَ قُفْزَانِها، وقَالَا: يَجُوزُ فِي الْوَجْهَيْنِ.

غاية البيان

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، إِلَّا أَنْ يُسَمِّيَ جُمْلَةَ قُفْزَانِها)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»(١).

وعندَهُما: يَجُوزُ في جميعِ القُفْزَانِ، سواءٌ سَمَّىٰ جملةَ القُفْزَانِ أوْ لَمْ يُسَمِّ(٢).

واعلم: أنه إذا قال: بعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ علىٰ أنها قَفِيزٌ، أوْ بعْتُكَ قَفِيزًا منها؛ فهما سواءٌ، والبَيْعُ واقعٌ علىٰ قَفِيزٍ واحدٍ. كذا ذكَره الكَرْخِيُّ في «مختصره».

وذلك لأن البَيْعَ وقَع علىٰ المقدرِ، فإنْ وجَده المُشْتَرِي أقلَّ مِن قَفِيزٍ؛ فله الخِيارُ إنْ شاء أخَذَ الموجودَ بحصَّتِه، وإنْ شاء ترَكَ لتَفرُّقِ الصَّفْقَةِ.

ولو قال: بعْتُكَ هذا الطعامَ علىٰ أنه كُرٌّ(٣)، كلُّ قَفِيزٍ بكذا، فالبَيْعُ لازمٌ في الكُرِّ؛ لأن المَبِيعَ معلومٌ، والثَّمنَ معلومٌ، فإنْ وجَدَه زائدًا؛ فهو للبائعِ، وإنْ وجَده ناقصًا؛ فللمُشْتَرِي الخِيارُ في أَخْذِ الباقي وتَرْكِه؛ لِمَا قُلنا.

أمَّا إذا قال: أَبِيْعُك هذه الصُّبْرَةَ كلَّ قَفِيزٍ بكذا ـ وهي مسألةُ القُدُورِيِّ ـ فالبَيْعُ جائزٌ في قَفِيزٍ واحدٍ عندَ أبي حَنِيفَةَ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٧٨].

(٢) وقالا: يجوز في الوجهين، وبه يفتي، كذا في «الشرنبلالية» عن «البرهان»، وفي «النهر» عن «عيون المذاهب»: وبه يفتي تيسيراً، وفي «البحر»: وظاهر «الهداية» ترجيح قولهما؛ لتأخير دليلهما كما هو عادته. اهـ. قال الميداني: قال شيخنا: لكن رجح في «الفتح» قوله وقوىٰ دليله علىٰ دليلهما، ونقل ترجيحه العلامة قاسم عن «الكافي» والمحبوبي والنسفي وصدر الشريعة. ولعله من حيث قوة الدليل؛ فلا ينافي ترجيح قولهما من حيث التيسير، ثم رأيته في «شرح المتقي» أفاد ذلك. اهـ. والفتوىٰ علىٰ قوله. ينظر: «الجامع الصغير» [ص٣٣٩]، «المبسوط» [١٣/٥]، «تحفة الفقهاء» [٤٦/٢، ٤٨]، «الفقه النافع» [١٠٢٩/٣، ١٠٣٠]، «تبيين الحقائق» [٥/٤، ٦]، «فتح القدير» [٢٦٧/٦ ـ ٢٧٢]، «الاختيار» [٥/٢]، «الجوهرة النيرة» [١٨٦/١]، «التصحيح» [ص٢١٩]، «حاشية ابن عابدين» [٥٧٤/٤، ٥٧٥، ٥٧٨]، «اللباب في شرح الكتاب» [٧/٢].

(٣) الكُرُّ: مكيالٌ لأَهل العراق، أَوْ ستُّونَ قفيزًا، أَوْ أَربعونَ إِردَبًّا. وجمْعُه: أكرار. ينظر: «المعجم الوسيط» [٧٨٢/٢].

. . . .

غاية البيان

وكذا إذا قال: أَبِيْعُك هذه الصُّبْرَةَ كلُّ قَفِيزَانِ[1] أوْ ثلاثةٍ بكذا ؛ فالبَيْعُ جائزٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ في القَدْرِ المُسَمَّىٰ مِن عددِ القُفْزَانِ، إلا إذا زالتِ الجهالةُ بعِلْمِ جميعِ القُفْزَانِ بتسميَتِها، أوْ بِالكَيْلِ في المجلسِ قَبْلَ الافتراقِ ؛ فحينَئِذٍ يَجُوزُ البَيْعُ في الجميعِ.

وقال الفقيهُ أبو الليثِ في «شرح الجامع الصغير»: وفي الزيادةِ: البَيْعُ مَوْقُوفٌ، فإنْ عَلِمَ قبْلَ أن يَفْتَرقا ورَضِيَ به ؛ جاز البَيْعُ، ثم للمُشْتَرِي الخِيارُ بعْدَ العلمِ ؛ لأنه لَمْ يَكُنْ راضِيًا بجملةِ الثَّمنِ حالَ العقْدِ، إذْ مِن الجائزِ أن يَظْهرَ الثَّمَنُ أكثرَ مما ظنَّه المُشْتَرِي، وإنما انْكَشَفَ له أمْرُ الثَّمنِ الآنَ، فكان له الخِيارُ دفْعًا للضررِ، كما إذا اشْتَرَىٰ ما لَمْ يرَه، وقبْلَ الكَيْلِ لكلِّ واحدٍ منهما الفسْخُ. ذكَره في «**الإيضاح**».

[٥/٥٩و/م] وذلك لأن الجهالةَ قائمةٌ، أو لتفرُّقِ الصَّفْقَةِ، وعندَهما البيعُ في الكلِّ: لازمٌ ولا خيارَ.

وقال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: وكذلك هذا في كلِّ مَكَيلٍ، أوْ مَوْزُونٍ، أوْ معدودٍ مِن جنسٍ واحدٍ إذا لَمْ يَكُنْ مختلفَ القِيمةِ[2].

يعني: أن عندَ أبي حنيفةَ: يَجُوزُ البَيْعُ في قَفِيزٍ واحدٍ، وبِمَنٍ[3] واحدٍ وشيءٍ واحدٍ، وعندَهما: يَجُوزُ في الكلِّ.

وجهُ قولِهما: أن هذه جهالةٌ بيَدِ العَاقِدَيْنِ إزالتُها، أَلَا تَرَىٰ أنه إذا كان في المجلسِ جاز بالاتِّفاقِ، فصار كبَيْعِ عبدٍ مِن عبدَيْنِ، وللمُشْتَرِي الخِيَارُ إنْ شاء أخَذَ

---

(١) كذا، وتخرج على لغة من يلزم المثنى الألف في جميع حالاته.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٥٥].

(٣) وقع بالأصل: «ومِن». والمثبت من: «ن».

....

غاية البيان

هذا، وإنْ شاء أَخَذَ ذاك، فإذا أَخَذَ أَيَّهما شاء؛ ارتفعَتِ الجهالةُ، فكذا هنا.

وَوَجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن القَدْرَ المُسَمَّىٰ مِن القَفِيزِ، أو القَفِيزَيْنِ أو الثلاثةِ معلومُ القَدْرِ [٢/٥٧ظ]، معلومُ الثَّمنِ، فجاز[1] البَيْعُ فيه، وما زاد علىٰ ذلك مجهولُ القَدْرِ، مجهولُ الثَّمنِ؛ لأن الثَّمنَ بعددِ القُفْزَانِ، وعددُها مجهولٌ؛ فكان الثَّمنُ مجهولًا، وَجْهالةُ الثَّمنِ مُفْسِدةٌ للعَقْدِ، كبَيْعِ الشيءِ برَقْمِهِ[2]، لكن لمَّا لَمْ تكُنِ الجهالةُ لازمةً؛ قلنا: بثبوتِ الخِيارِ بعدَ العِلْمِ.

قال في «الإيضاح»: «وإن كان المُشْتَرِي رَضِيَ به؛ فليس للبائعِ أنْ يَفْسَخَ في روايةِ محمَّدٍ عن أبي حَنِيفَةَ، ورَوَىٰ أبو يوسفَ عن أبي حنيفةَ: أنه لا يَجُوزُ العَقْدُ فيما زاد علىٰ القَفِيزِ إلا بتراضيهما»[3].

وجهُ روايةِ أبي يوسفَ: أن الفسادَ ثبَتَ لمعنًىٰ في صُلْبِ العَقْدِ، وهو جهالةُ الثَّمنِ، والعَقْدُ قام بهما، فأوجَبَتْ هذه الجهالةُ خيارَ الفسخِ لكلِّ واحدٍ منهما، فلا يَلْزَمُ إلا بتراضيهما.

وَوَجهُ روايةِ محمَّدٍ: أن جهالةَ الثَّمنِ تَخْتَصُّ بما يَتَعَلَّقُ بجانبِ المُشْتَرِي، وهو لزومُ الثَّمنِ عليه؛ لأن الخِيارَ في الأصلِ شُرِعَ لدَفْعِ ما عليه، لا لدَفْعِ ما لَهُ، فأثْبَتْنا الخِيارَ للمُشْتَرِي.

قال في «المختلف»: «فإنْ كان صُبْرَةٌ مِن حِنْطَةٍ، وصُبْرَةٌ مِن شَعيرٍ، فباع كلَّ

---

(١) وقع بالأصل: «لجاز». والمثبت من: «ن»، و«غ».

(٢) **الرَّقْمُ**: هو كل ثوبٍ رُقِمَ. أي: وُشِّيَ بِرَقْمٍ معلوم حتىٰ صار عَلَمًا. وقال بعضهم: الرَّقْمُ مِن الخَزِّ: ما رُقِمَ، وَرَقَمْتُ الشيءَ: أَعْلَمْتُهُ بعلَامة تُمَيِّزُه عن غيره، كالكِتَابة ونحوها، ومنه: لا يُباع الثوبُ بِرَقْمِه ولا بلَمْسِه. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [٢٣٦/١/مادة: رقم].

(٣) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/ ٦١/ب].

لَهُ أَنَّهُ تَعذَّرَ الصَّرْفُ إِلَىٰ الْكُلِّ لِجَهَالَةِ الْمَبِيعِ وَالثَّمَنِ [٢/ط] فَيُصْرَفُ إِلَىٰ الْأَقَلِّ وَهُوَ مَعْلُومٌ، إِلَّا أَنْ يَزُولَ الْجَهَالَةُ بِتَسْمِيَةِ جَمِيعِ الْقُفْزَانِ أَوْ بِالْكَيْلِ فِي الْمَجْلِسِ[1].

وَلَهُمَا: أَنَّ الْجَهَالَةَ بِيَدِهِمَا إِزَالَتُهَا وَمِثْلُهَا غَيْرُ مَانِعَةٍ، كَمَا إِذَا بَاعَ عَبْدًا مِنْ عَبْدَيْنِ عَلَىٰ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ بِالْخِيَارِ.

غاية البيان

قَفِيزٍ بدرهمٍ؛ لا يَجُوزُ عندَ أبي حَنِيفَةَ في شيءٍ مِن ذلك؛ لجهالةِ الواحدِ أيضًا»[2].

ثم اعلم: أنه إذا سَمَّىٰ جُملةَ الثَّمنِ، ولَمْ يُسَمِّ جملةَ الصُّبْرَةِ، مِثْلُ ما إذا قال: بِعْتُكَ هذه الصُّبْرَةَ بمئةِ درهمٍ كلُّ قَفِيزٍ بدرهمٍ. فقال الطَّحَاوِيُّ في [٥/٥٩ظ/م] «مختصره»: «وقَع البَيْعُ على جميعِها في قولِهم جميعًا: كلُّ قَفِيزٍ منها بدرهمٍ»[3]، وهو صحيحٌ؛ لأنه جَعَل تسميةَ جميعِ الثَّمَنِ كتسميةِ المبيعِ، ومحمدٌ لَمْ يذْكُرْه في الكتبِ. كذا قال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ.

قولُه: (تَعَذَّرَ[4] الصَّرْفُ)، أي: صَرْفُ البَيْعِ.

قولُه: (أَوْ بِالْكَيْلِ فِي الْمَجْلِسِ).

قَيَّدَ بالمجلسِ؛ لأن ساعاتِ المجلسِ تُعْتَبرُ ساعةً واحدةً دفْعًا لِلعُسْرِ، فإذا حصَل العلْمُ بعدَ العَقْدِ في المجلسِ؛ يُجْعَلُ ذلك كالعِلْمِ حالةَ العَقْدِ، بخلافِ العِلْمِ بعدَ الافتراقِ، حيثُ لا يَنْقَلِبُ العَقْدُ جائزًا؛ لتقرُّرِ الفسادِ للجهالةِ.

قولُه: (وَمِثْلُهَا غَيْرُ مَانِعَةٍ)، أي: ومِثْلُ هذه الجهالةِ ـ التي بيدِ العَاقِدَيْنِ ـ

---

(١) زَادَ بعده فِي (ط): «وَصَارَ هَذَا كَمَا لَوْ أَقَرَّ وَقَالَ لفلان علي كُلّ درهم فعَلَيْهِ درهم وَاحِد بالإجماع».

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٤٤٢/٣].

(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ٧٩].

(٤) وقع بالأصل: «تقدير». والمثبت من: «ن»، و«غ». وقد أشار في حاشية الأصل: إلى أنه وقع في بعض النسخ: «تَعَذَّر». بدل: «تقدير».

ثُمَّ إِذَا جَازَ فِي قَفِيزٍ وَاحِدٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لِلْمُشْتَرِي الْخِيَارُ لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا كِيلَ فِي الْمَجْلِسِ أَوْ سَمَّى جُمْلَةَ قِفْزَانِهَا؛ لِأَنَّهُ عَلِمَ ذَلِكَ الْآنَ فَلَهُ الْخِيَارُ، كَمَا إِذَا رَآهُ وَلَمْ يَكُنْ رَآهُ وَقْتَ الْبَيْعِ.

وَمَنْ بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلُّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ؛ فَسَدَ الْبَيْعُ فِي جَمِيعِهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَة،

إزالتُها غيرَ مانعةٍ مِن جوازِ البَيْعِ.

قولُه: (وَكَذَا إِذَا كِيلَ فِي الْمَجْلِسِ)، أي: الْمُشْتَرِي بالخِيارِ، لكن لا لتَفرُّقِ الصَّفْقَةِ، بل لأنه لَمْ يَكُنْ راضِيًا بجملةِ الثَّمنِ، وقد مَرَّ بيانُه.

قولُه: (وَمَنْ بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ كُلُّ شَاةٍ بِدِرْهَمٍ؛ فَسَدَ الْبَيْعُ فِي جَمِيعِهَا)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في **«مختصره»**[1]، ولَمْ يذكرِ الخلافَ فيه، وهو قولُ أبي حَنِيفَةَ.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ: يَصِحُّ في الجميعِ، وبه قال الشَّافعيُّ[2].

وتمامُه فيه[3]: «وكذا مَن باع ثوبًا مُذارعةً، كلُّ ذِراعٍ بدرهمٍ، ولَمْ يُسَمِّ جملةَ الذُّرْعَانِ[4]»[5]، أي: فسَدَ البَيْعُ في الجميعِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، ويَصِحُّ عندَهما في الجميعِ.

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: فإنْ عَلِمَ بالذَّرْعِ قَبْلَ الافتراقِ؛ فهو بالخِيارِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، إنْ شاء أخَذ كلَّ ذِراعٍ بدرهمٍ، وإنْ شاء ترَك، وكذلك الخلافُ في كلِّ معدودٍ مُتفاوتٍ؛ كالبقرِ، والإبلِ، والعبيدِ، ونحوِ ذلك.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٧٨].

(٢) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٣/٣٦٨] و«التنبيه في الفقه الشافعي» لأبي إسحاق الشيرازي [ص/ ٨٩]. و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [٤/٤٦].

(٣) أي: في «المختصر».

(٤) **الذُّرْعَان**: جَمْعُ ذِرَاع، ويُجْمَع أيضًا على أَذْرُع.

(٥) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٧٨].

....

وأصلُ ذلك: أن جملةَ الثَّمنِ إذا لَمْ تَكُنْ مَعلومةً؛ يَبْطُلُ البَيْعُ عندَه، كَبَيْعِ كلِّ شاةٍ مِن هذا القَطِيعِ بكذا.

وعندَهما: هو جائزٌ؛ لأن طريقَ المعرفةِ قائمٌ مِن غيرِ أن يَنْفَرِدَ به أحدُ المُتَعَاقِدَيْنِ، وقيامُ طريقِ المعرفةِ كقيامِ المعرفةِ، ولهذا مَن باع هذا العبدَ بوَزْنِ هذا الحَجَرِ ذهبًا؛ جاز، فكذا ما نحن فيه.

ولأبي حَنيفةَ: أن الثَّمنَ مجهولٌ حقيقةً، ففسَد البَيْعُ به، كما إذا باع الشيءَ برَقْمِه.

وَلَا يُقَالُ: إن ثَمنَ الواحدِ معلومٌ.

لِأَنَّا نَقُولُ: كلُّ المبيعِ مجهولٌ، لأنَّه[1] لا يُعْلَمُ حالَ العَقْدِ ما مبْلغُ الشِّياهِ، وما مَبْلغُ الذُّرْعانِ، وكلُّ واحدٍ أيضًا مجهولٌ للتفاوُتِ، فلا يُمْكِنُ الصرفُ إلى الواحدِ، بخلافِ القَفِيزِ [٢/٥٨و] الواحدِ في بَيْعِ كلِّ قَفِيزٍ مِن [٥/٦٠و/م] هذه الصُّبْرَةِ بكذا؛ فإن البَيْعَ يَنْصَرِفُ إليه لتيقُّنِه؛ لعدمِ تفاوُتِه.

قال صاحبُ «المختلف»: «ومسألةُ الحَجَرِ قيل: هي على هذا الخلافِ»[2].

قُلْتُ: فإذا كانت هي على الاختلافِ؛ لا تَصْلُحُ هي حجَّةٌ لهما على أبي حَنِيفَةَ.

قال الزاهدُ العَتَّابِيُّ في «شرح الجامع الصغير»: «وهذا في ثوبٍ يَضُرُّهُ التبعيضُ، أمَّا في الكِرْبَاسِ[3]: يَنْبَغِي أن يَجُوزَ عندَه في ذِرَاعٍ واحدٍ، كما في

---

(١) وقع بالأصل: «لأنَّا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٤٤٢/٣].

(٣) الكِرْباسُ ـ بكسْر الكاف ـ: هي الثياب الخَشِنة. وقد تقدم التعريف بذلك.

. . . .

الطعامِ[١]؛ لأن التبعيضَ لا يَضُرُّه».

ثم اعلَمْ: أنه إنما قال: **(وَلَمْ يُسَمِّ جُمْلَةَ الذُّرْعَانِ)**؛ لأنه لو سمَّاها؛ جاز، أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما قال في «**الإيضاح**»: «ولو قال: أَبِيْعُك هذا القَطِيعَ علىٰ أنه خمسون رأسًا، أوْ هذه الرِّزْمَةَ[٢] علىٰ أنها خمسون ثوبًا بكذا؛ فالبَيْعُ جائزٌ؛ لأن جملةَ المبيعِ والثَّمنَ صار معلومًا بالتسميةِ؛ فإنْ وُجِدَ المَبِيعُ زائدًا أوْ ناقصًا؛ فالبَيْعُ فاسدٌ؛ لأن الزيادةَ لَمْ يَقَعْ عليها العَقْدُ، فيَصِيرُ كأنه باع خمسين ثوبًا مِن أحدٍ وخمسين، وهذا فاسدٌ؛ لأنه مجهولٌ متفاوتٌ، وإنْ كان ناقصًا، فيَحتاجُ إلىٰ أنْ يُحَطَّ حِصَّةَ الثَّوْبِ النَّاقِصِ، وهي مجهولةٌ، ففسَدَ أيضًا»[٣]، وكذلك في سائرِ ما يَخْتَلِفُ قيمتُه.

وإنْ سَمَّىٰ لكلِّ واحدٍ منها ثمنًا، فإنْ زاد فسَدَ البَيْعُ لِمَا قُلنا، وإنْ نقَص؛ فالبَيْعُ صحيحٌ بحِصَّتِه؛ لأن ثَمنَ كلِّ ثوبٍ معلومٌ قطْعًا، فصحَّ العَقْدُ.

وذهبَ بعضُ أصحابِنا: [إلىٰ][٤] أن هذا قولُهما، فأمَّا علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ: البَيْعُ فاسدٌ في الكلِّ؛ لأن الصَّفْقَةَ اشتملَتْ علىٰ الموجودِ والمعدومِ، ففسَد العَقْدُ في المعدومِ، فتعدَّىٰ الفسادُ إلىٰ الكلِّ في قولِ أبي حَنِيفَةَ.

قال محمَّدُ بنُ الحسنِ في «الأصل»: «وإذا اشترىٰ الرَّجُلُ غنمًا، أو بقرًا، أوْ

---

(١) في: «م»: «الطعام الواحد»! وليست هذه الزيادة في: «شرْح الجامع الصغير» لأبي نَصْر العَتَّابي [ق٩٤/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٤٣٩)].

(٢) **الرِّزْمَةُ**: ما جُمِعَ في شيءٍ واحد. يقال: رِزمة ثياب، ورِزْمة وَرقٍ وهكذا. والجمع: رِزَمٌ. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [١/٢٢٥/مادة: رزم]، و«المعجم الوسيط» [١/٣٤٢].

(٣) إلىٰ هنا انتهىٰ كلامُ الكرْمَانِيِّ في: «الإيضاح في شَرْح مختصر الكَرْخِيّ» [ق١٥٢/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٦)].

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن».

وَكَذَا مَنْ بَاعَ ثَوْبًا مُذَارَعَةً كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ وَلَمْ يُسَمِّ جُمْلَةَ الذِّرَاعَانِ، وَكَذَا كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَفَاوِتٍ، ....

غاية البيان

إِبلًا، أَوْ عِدْلَ زُطِّيٍّ[١]، كلُّ اثنين مِن ذلك بعشرةِ دراهمَ؛ فهو باطلٌ لا يَجُوزُ مِن قِبَلِ أنها مختلفةٌ، أَلَا تَرَىٰ أنه[٢] الغالي، والرخيصُ، والجَيِّدُ والرَّدِيءُ، فأَيُّ شيءٍ يُضَمُّ معَ الجَيِّدِ، رَدِيئًا أمْ جَيِّدًا»[٣] هذا لفْظُ روايةِ «**الأصل**».

قال في «الشامل»: «هذا بالإجماعِ؛ لأن كلَّ شاةٍ لا يُعْرَفُ ثمنُها إلا بانضمامِ غيرِها إليها، وأنه مجهولٌ لا يُدْرَىٰ جَيِّدٌ أَمْ رَدِيءٌ».

وقال في «الأصل» أيضًا: «وإذا اشترىٰ الرَّجُلُ عِدْلَ زُطِّيٍّ، أَوْ جِرَابٍ هَرَوِيٍّ[٤] بقيمتِه، أَوْ بحُكْمِه؛ فالبيعُ[٥] في هذا لا يَجُوزُ؛ لأنه اشترىٰ بما لا يَعْرِفُ»[٦].

قولُه: (**مُذَارَعَةً**)، أي: بشَرْطِ الذَّرْعِ.

قولُه: (**وَكَذَا كُلُّ مَعْدُودٍ مُتَفَاوِتٍ**)، [أي][٧]: كالخشبِ والأواني [٥/٦٠ظ/م] ونحوِها.

---

(١) **الزُّطِّيُّ**: مَنْسُوب إلىٰ الزُّطِّ، والزُّطُّ: جِنْسٌ كَالرُّوم، والْهِنْد، والْحَبَش، والتُّرْك. وقيل: الزُّطُّ جِيل مِن الهند، إليهم تُنْسَب الثياب الزُّطِّيَّة. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١/٣٦٥]، و«طِلْبة الطَّلَبة» لأبي حفص النسفي [ص/ ٥٠].

(٢) وقع بالأصل: «أن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط».

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٥/٨٨ ـ ٨٩].

(٤) **الجِرَاب الهَرَوِيُّ**: هو المنسوب إلىٰ هَرَاة، وهي قرية معروفة بخراسان. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٥) وقع بالأصل: «فالحُكْم». والمثبت من: «ن»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط».

(٦) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٥/٨٧].

(٧) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

وَعِنْدَهُمَا يَجُوزُ فِي الْكُلِّ لِمَا قُلْنَا، وَعِنْدَهُ يَنْصَرِفُ إِلَى الْوَاحِدِ لِمَا بَيَّنَّا غَيْرَ أَنَّ بَيْعَ شَاةٍ مِنْ قَطِيعِ غَنَمٍ وَذِرَاعٍ مِنْ ثَوْبٍ لَا يَجُوزُ لِلتَّفَاوُتِ. وَبَيْعُ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ يَجُوزُ لِعَدَمِ التَّفَاوُتِ، فَلَا تُفْضِي الْجَهَالَةُ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فِيهِ، وَتُفْضِي إِلَيْهَا فِي الْأَوَّلِ فَوَضَحَ الْفَرْقُ.

قَالَ وَمَنِ ابْتَاعَ صُبْرَةً عَلَى أَنَّهَا مِئَةُ قَفِيزٍ بِمِئَةٍ، فَوَجَدَهَا أَقَلَّ؛ كَانَ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَوْجُودَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ لِتَفَرُّقِ الصَّفْقَةِ عَلَيْهِ قَبْلَ التَّمَامِ، فَلَمْ يَتِمَّ رِضَاهُ بِالْمَوْجُودِ.

غاية البيان

قولُه: (لِمَا قُلْنَا) [إشارةٌ إلى قوله: (وَلَهُمَا: أَنَّ الْجَهَالَةَ بِيَدِهِمَا إِزَالَتُهَا).

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا) إشارةٌ إلى قوله][1]: (فَيُصْرَفُ إِلَى الْأَقَلِّ)، لكنَّ الأقلَّ ـ وهو الشاةُ الواحدةُ، أو الذِّراعُ مِن ثوبٍ ـ لَمْ يُصْرَفْ إليه للتفاوتِ، والقَفِيزُ الواحدُ مِن صُبْرَةٍ يُصْرَفُ إليه لعدمِ التفاوتِ، فظهَر الفرقُ.

قولُه: (وَتُفْضِي إِلَيْهَا فِي الْأَوَّلِ)، أي: وتُفْضِي الجهالةُ إلى المُنَازعةِ في بَيْعِ شاةٍ مِن قَطِيعٍ، وذِرَاعٍ مِن ثوبٍ، إذا صُرِفَ العَقْدُ إلى الشاةِ الواحدةِ، أو الذِّراعِ الواحدِ.

قولُه: ([قَالَ][1] وَمَنِ ابْتَاعَ صُبْرَةً عَلَى أَنَّهَا مِئَةُ قَفِيزٍ بِمِئَةٍ، فَوَجَدَهَا أَقَلَّ؛ كَانَ الْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَوْجُودَ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ). أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[2].

اعلم: أن المبيعَ إذا كان كَيْلِيًّا؛ يَتعلَّقُ العَقْدُ بما سُمِّيَ من الكَيْلِ، مِثْلُ إنْ قال: بِعْتُ هذه الصُّبْرَةَ على أنها مئةُ قَفِيزٍ بمئةِ درهمٍ، ولا يَتفاوَتُ الحُكْمُ بينَ أنْ يُسَمِّيَ لكلِّ قَفِيزٍ ثمنًا؛ بأنْ قال: كلُّ قَفِيزٍ بكذا، أوْ لَمْ يُسَمِّ، فإذا وُجِدَ المُسَمَّى كما

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٧٨].

إِنْ وَجَدَهَا زَائِدَةً فَالزِّيَادَةُ لِلْبَائِعِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ وَقَعَ عَلَىٰ مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ، وَالْقَدْرُ لَيْسَ بِوَصْفٍ.

وَمَنِ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا عَلَىٰ أَنَّهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشَرَةٍ، أَوْ أَرْضًا عَلَىٰ أَنَّها مِئَةُ ذِرَاعٍ بِمِئَةٍ، فَوَجَدَهَا أَقَلَّ؛ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجُمْلَةِ الثَّمَنِ،

غاية البيان

قُدِّرَ؛ فهو للمُشْتَرِي بلا خيارٍ، فإنْ وُجِدَ زائدًا؛ فالزيادةُ للبائعِ؛ لأنها لَمْ تَدْخُلْ تَحتَ العَقْدِ؛ لأن العَقْدَ وقَع علىٰ مئةِ قَفيزٍ، فالزيادةُ ليست مِن المئةِ.

وإنْ وُجِدَ ناقصًا: كان للمُشْتَرِي [٢/٥٨ظ] الخِيارُ لتفرُّقِ الصَّفْقَةِ؛ لأن العَقْدَ وقَع علىٰ جملةٍ معلومةٍ، فإذا نقصَتْ؛ يَلْزَمُ تفريقُ الصَّفْقَةِ لا محالةَ، فله الخِيارُ مِن الأَخْذِ والتركِ، فإنْ أراد الأَخْذَ أخَذَ الموجودَ بحصَّتِه مِن الثَّمنِ، وطرَحَ حِصَّةَ النُّقْصانِ؛ لأن القُفْزَانَ لَمَّا كانت معقودًا عليها؛ انقسَم الثَّمنُ عليها.

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «وكذلك [هذا][1] الحُكْمُ في جميعِ الكَيليَّاتِ، وكذلك [هذا][2] الحُكْمُ في جميعِ الوَزْنِيَّاتِ التي ليس في تبعِيضِها مَضَرَّةٌ»[3].

قولُه: (فَوَجَدَهَا أَقَلَّ)، أي: فوجَد الصُّبْرَةَ أقلَّ مِن مئةِ قَفيزٍ.

قولُه: (عَلَىٰ مِقْدَارٍ مُعَيَّنٍ) وهو مئةُ قَفيزٍ.

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا عَلَىٰ أَنَّهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشَرَةٍ، أَوْ أَرْضًا عَلَىٰ أَنَّها مِئَةُ ذِرَاعٍ بِمِئَةٍ، فَوَجَدَهَا أَقَلَّ؛ فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجُمْلَةِ الثَّمَنِ،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ». وهو الموافق لِمَا في: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق٢٠٠/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ». وهو الموافق لِمَا في: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق٢٠٠/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

(٣) ينظر: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق٢٠٠/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ؛ لِأَنَّ الذِّرَاعَ وَصْفٌ فِي الثَّوْبِ ؛ أَلَّا تَرَىٰ أَنَّهُ عِبَارَةٌ عَنِ الطُّولِ وَالْعَرْضِ ، ....

وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ) وهذه من مسائلِ القُدُورِيِّ.

وتمامُها في «مختَصره»: «فإنْ وجَدَها أكثرَ مِن الذَّرْعِ الذي سمَّاه ؛ فهو للمُشْتَرِي ، ولا خيارَ للبائعِ»(١).

اعلم: أن الذَّرْعِيَّاتِ يَخْتَلِفُ الجوابُ فيها ، بينَ إنْ سَمَّىٰ لكلِّ ذِرَاعٍ ثمنًا ؛ بأنْ قال: كلُّ ذِرَاعٍ بكذا ، وبيْنَ إنْ لَمْ يُسَمِّ ، أمَّا إذا لَمْ يُسَمِّ ، فقال: بعْتُ هذا الكِرْباسَ علىٰ أنه عشرةُ أَذْرُعٍ بعشرةِ دراهمَ ، فوجَده زائدًا ؛ فهو(٢) للمُشْتَرِي ، ولا خيارَ للبائعِ ، وإنْ [٥/٦١و/م] وجَده ناقِصًا ؛ كان للمُشْتَرِي الخِيارُ ، إنْ شاء أخَذ الموجودَ بجميعِ الثَّمنِ ، وإنْ شاء ترَك ، وهذا لأن الذَّرْعَ في الأعيانِ المَذْرُوعةِ جاريةٌ مَجْرَىٰ الصِّفَةِ ، لكنها تَحْتَمِلُ أنْ تَكُونَ مقصودةً بالذِّكْرِ.

والدليلُ علىٰ أنها جاريةٌ مَجْرَىٰ الصِّفَةِ: وجودُها يَزِيدُ في قَدْرِ الأصلِ ، وفي قيمَتِه ، كسائرِ الصفاتِ.

وأيضًا يَثْبُتُ بِكَثْرةِ الذُّرْعانِ: السَّعَةُ ، وبالقلَّةِ: الضِّيقُ ، يُقالُ: دارٌ واسعةٌ ، ودارٌ ضيِّقةٌ ، والسَّعةُ والضيقُ صفةٌ ، وأيضًا افتراقُ بعضِ الذُّرْعانِ عن البعضِ يُوجِبُ تَعْيِيبًا(٣) في الباقي ، ألا تَرَىٰ أنه لا يُشْتَرَىٰ المتفرِّقُ مِن المَذْرُوعَاتِ كالمُجْتَمَعِ منها.

فلَمَّا كانتِ الذُّرْعَانُ(٤) صفةً ؛ كان الزائدُ للمُشْتَرِي ؛ لأن الأوصافَ لا يُقابلُها

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٧٨].
(٢) وقع بالأصل: «فهي». والمثبت من: «م» ، و«غ».
(٣) وقع بالأصل: «نصيبًا». والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ».
(٤) وقع بالأصل: «الذروع». والمثبت من: «غ». ووقع في: «ن»: «الذراع».

....

شيءٌ مِن الثَّمنِ، فصار كأنه اشترىٰ دارًا علىٰ أنها ضيِّقةٌ؛ فوجَدَها واسعةً، وصار كأنه اشترىٰ ثوبًا علىٰ أنه قصيرٌ؛ فوجَدَه طويلًا، فإنْ وُجِدَ ناقصًا؛ كان للمُشْتَرِي الخِيارُ؛ لفوَاتِ الوَصْفِ المرغوبِ، فإنْ أراد الأخْذَ أخَذَ بجميعِ الثَّمنِ؛ لأن الوَصْفَ لا يقابلُه شيءٌ من الثَّمَنِ.

وأمَّا إذا سَمَّىٰ لكلِّ ذِرَاعٍ ثمَنًا، فقال: بعْتُ هذا الكِرْباسَ بعشرةٍ علىٰ أنها: عشرةٌ، كلُّ ذِرَاعٍ بدرهمٍ، فإنْ وجَده ناقصًا؛ كان للمُشْتَرِي الخِيارُ؛ لفواتِ الوَصْفِ المرغوبِ فيه، إنْ شاء أخَذ الجميعَ: كلُّ ذِرَاعٍ بدرهمٍ، وإنْ شاء فسَخَ البَيْعَ.

وهذا لأن الذِّراعَ كانت تَحْتَمِلُ أنْ تَصِيرَ مقصودةً مِن حيثُ إنَّها منتفَعٌ بها بنفسِها، فلَمَّا أفرَدَ كلَّ ذِرَاعٍ بالذِّكْرِ؛ كان أصلًا مقصودًا، [فصحَّ معقودًا عليه، كأنَّ كلَّ ذِرَاعٍ ثوبٌ][1]، فحُطَّ مِن الثَّمنِ بقَدْرِ ما نقَص مِن الذُّرْعَانِ، وإنْ وجَدَه زائدًا؛ كان المُشْتَرِي بالخِيارِ، إنْ شاء أخَذ كلَّه: كلُّ ذِرَاعٍ بدرهمٍ، وإنْ شاء ترَكَ.

أمَّا ثبوتُ الخِيارِ: فلأنه نفْعٌ يَشُوبُه مَضَرَّةٌ؛ لأن الزيادةَ نفْعٌ[2]، ولزومُ [الثَّمنِ][3] بإزائِها ضرَرٌ.

وأمَّا أخْذُ الجميعِ كلَّ ذِراعٍ بدرهمٍ: فلأنَّ الذِّراعَ مِن حيثُ إنها صفةٌ؛ دخَل جميعُ العينِ في البَيْعِ، ومِن حيثُ إنها صارتْ مقصودةً معقودًا عليها بالإفرادِ بالذِّكْرِ؛ زِيدَ في الثَّمنِ بإزاءِ كلِّ ذِراعٍ، فلو لَمْ يَلْزَمْهُ شيءٌ بإزاءِ الزيادةِ: [كان][4] كلُّ ذِراعٍ بأقلَّ مِن درهمٍ، وذلك خلافُ المشروطِ.

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «الزيادة تقع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ». ووقع في «م»: «ولزومُ الزيادة».

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

وَالْوَصْفُ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ كَأَطْرَافِ الْحَيَوَانِ ؛ فَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ ، بِخِلَافِ الْفَصْلِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْمِقْدَارَ يُقَابِلُهُ الثَّمَنُ ؛ فَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِحِصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ لِفَوَاتِ الْوَصْفِ الْمَذْكُورِ لِتَغَيُّرِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ فَيَخْتَلُّ الرِّضَىٰ.

وَإِنْ وَجَدَهَا أَكْثَرَ مِنَ الذِّرَاعِ الَّذِي سَمَّاهُ فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي وَلَا خِيَارَ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّهُ صِفَةٌ ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا بَاعَهُ مَعِيبًا ، فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ.

وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَهَا عَلَىٰ أَنَّها مِئَةُ ذِرَاعٍ ، كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ فَوَجَدَهَا نَاقِصَةً ،

غاية البيان

قولُه: (وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَهَا عَلَىٰ أَنَّها مِئَةُ ذِرَاعٍ ، كُلُّ [٢/٥٩و] ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ) ، أي: بعْتُ الثيابَ ، أو بعْتُ الأرضَ ، وقد مَرَّ بيانُ المسألةِ قبْلَ هذا ، وهي مِن مسائلِ القُدُورِيِّ[1].

قولُه: (وَالْوَصْفُ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمنِ) ، إلا إذا كان مقصودًا بالتناولِ حقيقةً ـ كما إذا قطَع البائعُ يدَ العبدِ [٥/٦١ظ/م] المبيعِ قَبْلَ القبضِ ؛ يَسْقُطُ نِصْفُ الثَّمنِ ـ أوْ حُكْمًا لحقِ البائعَ ـ كما إذا حدَثَ عيبٌ آخرُ عندَ المُشْتَرِي ـ [أو][2] لَحِقَ الشارعَ ، كما إذا خاطَ المُشْتَرِي الثَّوْبَ المبيعَ ، ثم اطَّلَع على عيبٍ ؛ يَكُونُ للوَصْفِ قَسْطٌ مِن الثَّمنِ.

قولُه: (كَأَطْرَافِ الْحَيَوَانِ) ، يعني: إذا اشترىٰ جاريةً ، فاعْوَرَّتْ عندَ البائعِ ؛ لا يَنْتَقِصُ شيءٌ مِن الثَّمنِ. وكذا المُشْتَرِي يَبِيعُها مُرابحةً ، إذا اعْوَرَّتْ بعدَما قبَضَها بدونِ البيانِ ، وسيَجِيءُ ذلك في بابِ المُرَابَحةِ إنْ شاء اللهُ تعالىٰ.

قولُه: (فَلِهَذَا يَأْخُذُهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ) إيضاحٌ لقولِه: (وَالْوَصْفُ لَا يُقَابِلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمنِ).

قولُه: (بِمَنْزِلَةِ مَا إِذَا بَاعَهُ مَعِيبًا ، فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ) كما إذا باعَ عبدًا علىٰ أنه

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٧٨].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ».

فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهَا بِحِصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ؛ لِأَنَّ الْوَصْفَ وَإِنْ كَانَ تَابِعًا لَكِنَّهُ صَارَ أَصْلًا بِإِفْرَادِهِ بِذِكْرِ الثَّمَنِ، فَيَنْزِلُ كُلُّ ذِرَاعٍ بِمَنْزِلَةِ ثَوْبٍ؛ وَهَذَا [٣/و]؛ لِأَنَّهُ لَوْ أَخَذَهُ بِكُلِّ الثَّمَنِ لَمْ يَكُنْ آخِذًا لِكُلِّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ.

غاية البيان

أعمىٰ، فوجَده المشترِي بصيرًا، حيثُ لا خِيارَ.

قولُه: (فَنُزِّلَ كُلُّ الذِّرَاعِ بِمَنْزِلَةِ ثَوْبٍ).

وقد وقَع الذِّرَاعُ مُعَرَّفةً في النُّسَخِ[١]، والقياسُ أن تُنَكَّرَ؛ لأنها لإحاطةِ الأفرادِ هنا، لا الأجزاءِ، اللهُمَّ إلا إذا قيل: أشار المصنِّفُ بهذه المُعَرَّفةِ إلىٰ[٢] النَّكِرةِ المذكورةِ في قولِه: (كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ)؛ فله وَجْهٌ، كما قالوا في قولِ أبي حَنِيفَةَ: «[ما][٣] أدرِي ما الدهْرُ» أي: الدهرُ المُنَكَّرُ.

وَلَا يُقَالُ: ولو كان الذِّراعُ بمنزلةِ ثوبٍ؛ يَفْسُدُ البَيْعُ إذا زادَ الذِّراعُ، كما إذا زاد الثَّوْبُ في قولِه: أَبِيْعُك هذه الرِّزْمَةَ علىٰ أنها خمسون ثوبًا بكذا، فإذا هي أحدٌ وخمسون، وقد مَرَّ قَبْلَ هذا.

لِأَنَّا نَقُولُ: إنه بمنزلةٍ مِن وَجْهٍ دونَ وَجْهٍ، لا مِن كلِّ وَجْهٍ.

بيانُه: أنها بالإفرادِ بالذِّكرِ صارَتْ أصلًا معقودًا عليه؛ لكنها وصْفٌ حقيقةً، فباعتبار أنها أصلٌ دخَل الزيادةُ في العَقْدِ، وصار بإزائِها ثَمَنٌ، ومِن حيثُ إنها وصْفٌ كان للمُشْتَرِي بالنقصانِ ـ لفوَاتِ الوَصْفِ المرغوبِ فيه ـ الخِيارُ[٤].

(١) لَمْ نظفر بهذا إلا في نسخة المؤلف وحْده مِن «الهداية»: [٢/ق٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وجميعُ النُّسخِ الأخرىٰ (كـ: نسخة الشَّهْرَكَنْديِّ، والبَايسُوني، والأَرْزَكانِيِّ، وابن الفَصِيح، والقاسِمِيِّ، وغيرها)، وكذا المطبوعُ مِن «الهداية» وقعَتْ فيها الذِّرَاعُ مُنَكَّرة. هكذا: «فَنُزِّلَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِمَنْزِلَةِ ثَوْبٍ».

(٢) وقع بالأصل: «إلا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٤) **الخيار**: خبَرُ كانَ. كذا جاء في حاشية: «ن». يعني: في قوله: «كان للمُشْتَرِي بالنقصانِ».

وَإِنْ وَجَدَهَا زَائِدَةً فَهُوَ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْجَمِيعَ كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ، وَإِنْ شَاءَ فَسَخَ الْبَيْعَ؛ لِأَنَّهُ إِنْ حَصَلَ لَهُ الزِّيَادَةُ فِي الذَّرْعِ تَلْزَمُهُ زِيَادَةُ الثَّمَنِ؛ فَكَانَ نَفْعًا يَشُوبُهُ ضَرَرٌ فَيُتَخَيَّرُ، وَإِنَّمَا يَلْزَمُهُ الزِّيَادَةُ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ صَارَ أَصْلًا، وَلَوْ أَخَذَهُ بِالْأَقَلِّ لَمْ يَكُنْ آخِذًا بِالْمَشْرُوطِ.

وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَشَرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِئَةِ ذِرَاعٍ مِنْ دَارٍ، أَوْ حَمَّامٍ؛ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: هُوَ جَائِزٌ، وَإِنِ اشْتَرَىٰ عَشَرَةَ أَسْهُمٍ مِنْ مِئَةِ سَهْمٍ؛ جَازَ فِي قَوْلِهِمْ جميعا.

غاية البيان

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا)، إشارةٌ إلىٰ قولِه قبْلَ أربعةِ خُطُوطٍ: (لَكِنَّهُ صَارَ أَصْلًا بِإِفْرَادِهِ بِذِكْرِ الثَّمَنِ).

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَشَرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مِئَةِ ذِرَاعٍ مِنْ دَارٍ، أَوْ حَمَّامٍ؛ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: هُوَ جَائِزٌ، وَإِنِ اشْتَرَىٰ عَشَرَةَ أَسْهُمٍ مِنْ مِئَةِ سَهْمٍ؛ جَازَ فِي قَوْلِهِمْ) وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**»[(١)].

يعني بقولِه: (وَقَالَا: هُوَ جَائِزٌ) إذا كانتِ الدَّارُ كلُّها مئةَ ذِرَاعٍ، هكذا ذكَر [٥/٦٢و/م] الصدرُ الشهيدُ، والإمامُ الزاهدُ العَتَّابِيُّ في «**شرحَيْهِما**». ويُفْهَم هذا القيدُ مِن تعليلِهما[(٢)] أيضًا؛ لأن العشرةَ إنما تكونُ عُشْرَ الدَّارِ، إذا كانت كلُّها مئةً، أمَّا إذا كان أقلَّ مِن ذلك أوْ أكثرَ؛ فلا.

وَجهُ قولِهما: أن بَيْعَ عُشْرَ الدَّارِ جائزٌ بالإجماعِ، والعشرةُ الأَذْرُعُ مِن المئةِ: عُشْرٌ، [فجاز][(٣)]، فلهذا يجوزُ بَيْعُ عشرةِ أسهمٍ مِن مئةِ سهمٍ منها إجماعًا.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٣٦].

(٢) أي: تعليل أبي يوسف ومحمد. كذا جاء في حاشية: «ن»، و«م».

(٣) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

. . . .

ووجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ: أن البَيْعَ وقَعَ على قَدْرٍ مِن الدَّارِ مُعَيَّنٍ، لا على شائعٍ، وذلك القَدْرُ مجهولٌ في نفْسِه؛ لأن موْضِعَهُ لا يُعْلَمُ: أَمِنْ جانِبٍ شرْقِيٍّ هُوَ، أَوْ مِن جانِبٍ غَرْبِيٍّ، أوْ مِن غيرِهما؟ فيَصِيرُ هو بائعًا في الحقيقةِ عشرةَ أذْرُعٍ عيْنًا مِن الدَّارِ، وتلك الأذْرُعُ مجهولةٌ في نفسِها، فلا يَصِحُّ بَيْعُ المجهولِ.

فصار كأنه باع بيتًا مِن بيوتِ الدَّارِ ولَمْ يُعَيِّنِ البيتَ، أوْ باع قسمًا مِن الأقسامِ مِن الدَّارِ المقسومةِ [على ثلاثٍ][1]، وهذا لأن القِسْمةَ ليس باسمٍ للشائعِ، بل اسمٍ لجُزْءٍ مُقَدَّرٍ مُعَيَّنٍ، لكنه لَمَّا كان مجهولًا في نفْسِه لجهالةِ موضعِه؛ لَمْ يَجُزِ البَيْعُ.

بخلافِ بَيْعِ عُشْرِ الدَّارِ، أوْ بَيْعِ[2] [٢/٥٥٩ظ] عشرةِ أسهُمٍ مِن مئةِ سهمٍ مِن الدَّارِ؛ لأن العُشْرَ اسمٌ لجُزْءٍ شائعٍ معلومٍ في نفسِه، وكذلك عشرةُ أسهمٍ مِن مئةِ سهمٍ، فإنها عُشْرٌ أيضًا، فالسهمُ لا يُشْبِهُ الذِّرَاعَ، أَلَا تَرَى أن الذِّرَاعَ مِن مئةِ ذِرَاعٍ مثْلُ ذِرَاعٍ مِن عشرةٍ أَذْرُعٍ لا يَزِيدُ ولا يَنْقُصُ، وسهمٌ مِن مئةِ ذِرَاعٍ ليس مِثْلَ سهمٍ مِن عشرةِ أسهُمٍ، فظهَر الفرقُ.

وبيانُ ما قلنا: أن البَيْعَ وقَع على قَدْرٍ مُعَيَّنٍ مِن الدَّارِ، لا على شائعٍ؛ لأن الذِّراعَ في الأصلِ: اسمٌ لخَشَبةٍ يُذْرَعُ بها المَمْسُوحُ، وليست هي بمُرادةٍ مِن البَيْعِ، بل المرادُ ما يَحُلُّهُ الذِّراعُ ويُجَاوِرُهُ مجازًا، بإطلاقِ اسمِ الحالِّ على المحلِّ، وما يَحُلُّهُ الذِّرَاعُ مُعَيَّنٌ لا شائعٌ؛ لأن الشائعَ لا يُتَصَوَّرُ أنْ يُذْرَعَ، فلَمْ يَصْلُحْ أنْ يُستعارَ الذِّراعُ للشائعِ؛ لأن الشائعَ ليس بمحلٍّ للذِّراعِ، فلَمَّا أُرِيدَ مِن الذِّراعِ ما يَحُلُّهُ ـ وهو مُعَيَّنٌ لكنه مجهولُ الموضعِ ـ بَطَلَ العَقْدُ.

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «وبيع». والمثبت من: «ن» و«غ».

لَهُمَا أَنَّ عَشْرَةَ أَذْرُعٍ مِنْ مَائَةِ ذِرَاعٍ عُشْرُ الدَّارِ فَأَشْبَهَ عَشْرَةَ أَسْهُمٍ مِنْ مَائَةِ سَهْمٍ. وَلَهُ أَنَّ الذِّرَاعَ اسْمٌ لِمَا يُذْرَعُ بِهِ، فَاسْتُعِيرَ لِمَا يَحُلُّهُ الذِّرَاعُ ....

غاية البيان

وقال فخرُ الإسلامِ البَزْدَويُّ في «**شرح الجامع الصغير**»: «وذكَر الخَصَّافُ في هذه المسألةِ: أن فسادَ البَيْعِ عندَ أبي حَنِيفَةَ [٥/٦٢و/م]؛ لجهالةِ جملةِ الذُّرْعَانِ، فأمَّا إذا عُرِفَتْ مساحتُها؛ فهو جائزٌ، وجعَلَ ذلك نظيرَ بَيْعِ كلِّ شاةٍ مِن القَطِيعِ بعشرةٍ.

وذكَر **أبو زيدٍ في «الشروط»**: أنه باطلٌ وإنْ عُرِفَتْ جملةُ الذُّرْعَان، وهو جوابُ الكتابِ نصًّا ههنا، وهو الصحيحُ». إلىٰ هنا لفْظُ كتابِ فخرِ الإسلامِ.

قال فخرُ الإسلامِ: «وقولُهما استحسانٌ، وقولُ أبي حَنِيفَةَ قياسٌ».

وقال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «**شرح الجامع الصغير**»: ولَمْ يذْكرْ هنا ولا في البيوعِ: أنه لوِ اشترىٰ عشرةَ أَذْرُعٍ مِن هذه الدَّارِ ـ ولَمْ يَقُلْ: مِن مئةِ ذِرَاعٍ ـ كيف الحُكْمُ فيه علىٰ قولِهما؟ فمِنْ أصحابِنا مَن قال: إنه لا يَجُوزُ العَقْدُ بمنزلةِ ما لوِ اشتَرىٰ سهمًا منها.

والأصحُّ: أنه يَجُوزُ عندَهما؛ لأن هذه الجهالةَ لا تُفْضِي إلىٰ المُنَازَعَةِ، فإنه يُمْكِنُ أنْ يُذْرَعَ جميعُ[1] الدَّارِ، حتىٰ إذا كانت مئةَ ذِرَاعٍ عُلِم أن المَبِيعَ عُشْرُها، وإنْ كانت خمسين عُلِم أن المَبِيعَ خُمْسُها، بخلافِ ما لوِ اشترىٰ سهمًا منها ولَمْ يَقُلْ: مِن كذا سهمًا؛ لأنَّ[2] تلك الجهالةَ تُفْضِي إلىٰ تَمكُّنِ المُنَازَعَةِ بينَهُما، ولا طريقَ لدَفْعِها، فكانت مُفْسِدةً للعَقْدِ.

قولُه: (لِمَا يُذْرَعُ بِهِ) وهو الخشبةُ.

قولُه: (فَاسْتُعِيرَ لِمَا يَحُلُّهُ الذِّرَاعُ)، **أي**: اسْتُعِيرَ الذِّرَاعُ لمحلِّ الذِّرَاعِ، وهو

---

(١) وقع بالأصل: «لجميع». والمثبت من: «ن».

(٢) وقع بالأصل: «أن». والمثبت من: «ن»، و«غ».

وَهُوَ الْمُعَيَّنُ دُونَ الْمَشَاعِ، وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ، بِخِلَافِ السَّهْمِ. وَلَا فَرْقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ بَيْنَ مَا إِذَا عَلِمَ جُمْلَةَ الذُّرْعَانِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ هُوَ الصَّحِيحُ؛ خِلَافًا لِمَا يَقُولُهُ الْخَصَّافُ رحمه الله لِبَقَاءِ الْجَهَالَةِ.

غاية البيان

المَمْسوحُ، وكان القياسُ أنْ يَقُولَ: اسْتُعِيرَتْ؛ لأنه أُسْنِدَ إلى ضميرِ الذِّرَاعِ، وهي مؤنَّثةٌ؛ لكنْ ذَكَّر الفعلَ على تأويلِ الذِّرَاعِ: بما يُذْرَعُ به.

[قولُه: (وَهُوَ الْمُعَيَّنُ)، أي: ما يَحُلُّهُ الذِّرَاعُ هو المعَيَّنُ][1].

قولُه: (وَذَلِكَ غَيْرُ مَعْلُومٍ)، أي: ما يَحُلُّهُ الذِّرَاعُ غيرُ معلومٍ مَوْضِعُه؛ لأنه لا يُدْرَى مِن أيِّ جانبٍ هُوَ، والبيانُ مَرَّ آنفًا.

قولُه: (الْخَصَّافُ)، هو أبو بكرٍ أحمدُ بنُ عَمْرٍو[2] الخَصَّافُ، مِن كبارِ علمائِنا المتقدِّمين، وهو صاحبُ «**أدب القاضي**»، و«**الشُّروط**»، و«**أحكام الوقُوف**» و«**الرَّضَاع**»، و«**النفقات**»، وكتابِ «**الحِيل**» في الفقهِ، وكان معاصرًا معَ الشيخِ أبي جعفرٍ [أحمدَ ابنِ أبي عِمْرانَ[3]، أستاذِ أبي جعفرٍ][4] الطَّحَاوِيِّ.

قولُه: (لِبَقَاءِ الْجَهَالَةِ) دليلُ قولِه: (وَلَا فَرْقَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ) يعني: أن جملةَ ذُرْعَانِ الدَّارِ وإنْ عُرِفَتْ؛ لا يُعْلَمُ موضِعُ عشرةِ أَذْرُعٍ مِن مئةِ ذِرَاعٍ منها، فبَقِيَتِ الجهالةُ.

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «محمد بن أحمد بن عُمَر». والمثبت من: «ن».

(٣) **أَحْمد بن أبي عمرَان**: هو أَحْمد بن أبي عمرَان مُوسَى بن عِيسَى أَبُو جَعْفَر الْفَقِيه الْبَغْدَادِيّ، نزيل مصر، وأستاذ أبي جَعْفَر الطَّحَاوِيُّ. قال ابن يونس: «كان مَكِينًا مِن العلم، حَسَن الدراية بألوان مِن العلم كثيرة، وكَانَ ضرير البصر، وحدَّث بحَدِيث كثير مِن حِفْظه، وكان ثقة». (توفي سنة: ٢٨٠هـ). ينظر: «تاريخ بغداد» للخطيب البغدادي [٣٤٨/٦]، و«الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [١٢٧/١].

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَلَوِ اشْتَرَىٰ عِدْلًا عَلَىٰ أَنَّهُ عَشْرَةُ أَثْوَابٍ، فَإِذَا هُوَ تِسْعَةٌ، أَوْ أَحَدَ عَشَرَ؛ فَسَدَ الْبَيْعُ، لِجَهَالَةِ الْمَبِيعِ أَوِ الثَّمَنِ.

فَلَوْ بَيَّنَ لِكُلِّ ثَوْبٍ ثَمَنًا جَازَ فِي فَصْلِ النُّقْصَانِ بِقَدْرِهِ، وَلَهُ الْخِيَارُ، وَلَمْ يَجُزْ فِي الزِّيَادَةِ لِجَهَالَةِ الْعَشْرَةِ الْمَبِيعَةِ.

غاية البيان

قولُه: (وَلَوِ اشْتَرَىٰ عِدْلًا عَلَىٰ أَنَّهُ عَشْرَةُ [٥/٦٣و/م] أَثْوَابٍ، فَإِذَا هُوَ تِسْعَةٌ، أَوْ أَحَدَ عَشَرَ؛ فَسَدَ الْبَيْعُ، لِجَهَالَةِ الْمَبِيعِ أَوِ الثَّمَنِ)، فيه لَفٌّ ونَشْرٌ، أي: لجهالةِ المبيعِ فيما[1] إذا كان العِدْلُ[2] أحدَ عشر؛ لأنه يَكُونُ بائعًا عشرةَ أثوابٍ مِن أحدَ عشر ثوبًا، والعشَرةُ مجهولةٌ، ولجهالةِ الثَّمنِ فيما إذا كان العِدْلُ تسعةً؛ لأنه لا بُدَّ مِن [معرفةِ][3] حِصَّةِ الثَّوْبِ النَّاقصِ، وهي مجهولةٌ، فلو قال: لجهالةِ [٢/٦٠و] الثَّمنِ، أو المَبيعِ؛ كان أَوْلَىٰ.

وهذا إذا لَمْ يُبَيِّنْ ثَمنَ كلِّ ثوبٍ، بل قال: بعْتُكَ هذه الرِّزْمَةَ علىٰ أنها عشرةٌ بكذا، وكان فيها الزيادةُ في العددِ أو النُّقْصَانِ، أمَّا إذا بَيَّنَ ثَمنَ كلَّ ثوبٍ، فقال: بعْتُكَ هذه الرِّزْمَةَ[4] علىٰ أنها عشَرةُ أثوابٍ [بمئةٍ، كلُّ ثوبٍ بعشرةٍ، فإنْ زادت علىٰ عشرةِ أثوابٍ][5] فلا شكَّ في فسادِ البَيْعِ؛ لأنَّ البَيْعَ مجهولٌ؛ لِمَا قُلنا، وإنْ

---

(١) وقع بالأصل: «فيها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) **عِدْلُ الشيء** ـ بالكسرِ ـ: مثْلُه مِن جنسه وفي المقدار أيضًا ومنه: عِدْلَا الجَمَل، فعِدْلُ الْحِمْلِ ما يساوِي العِدْلَ الآخرَ في مقداره، وهذا شامِل للوعاء وما فيه مِن الثياب ونحوها، والمراد به هنا الثياب. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/٢٢٢]. و«حاشية ابن عابدين علىٰ الدر المختار» [٤٦/٢].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة مِن: «ن»، وقد أشار إليها بالحاشية علىٰ كونها زائدة في بعض النُّسَخ.

(٤) **الرِّزْمَةُ** ـ بكَسْر الراء ـ: الكارَةُ في الثياب، والكَارَةُ: ما يُحْمَلُ علىٰ الظَّهْر من الثِياب. كذا جاء في حاشية: «ن»، و«غ».

(٥) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «غ». وكذا في: «ن»، لكن الناسخ أشار إليها بالحاشية علىٰ كونها زائدة في بعض النُّسَخ.

. . . .

نقصَتْ جاز البَيْعُ في الموجودِ؛ لأن ثَمن كلِّ ثوبٍ معلومٌ، وللمُشْتَرِي الخِيارُ لتفرُّقِ الصَّفْقَةِ عليه.

وقال بعضُ أصحابِنا: هذا قولُهما، وعلىٰ قولِ أبي حنيفةَ: لا يَجُوزُ البَيْعُ في النُّقْصانِ كما في الزيادةِ؛ لاشتمالِ الصَّفْقَةِ علىٰ الموجودِ والمعدومِ، ولَمْ يَجُزْ في المعدومِ، فتعدَّىٰ إلىٰ الموجودِ، وقد مَرَّ بيانُه مرَّةً عندَ قولِه: **(وَمَنْ بَاعَ قَطِيعَ غَنَمٍ)**.

قال صاحبُ «الهداية»: (وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ)، أي: ما قيل: إن أبا حَنيفةَ لا يُجَوِّزُ البَيْعَ في فصْلِ النُّقْصَانِ: ليس بصحيحٍ؛ لأن ثَمنَ كلِّ ثوبٍ معلومٌ قطْعًا، فإذا نقصَتْ؛ يَكُونُ باقي الثمنِ معلومًا لا محالةَ.

ولا يُشْبِهُ هذا ما إذا باع ثوبَيْن علىٰ أَنَّهُما هَرَوِيَّانِ، فظهَر أحدُهما مَرْوِيًّا، حيثُ لا يَجُوزُ البَيْعُ فيهما؛ لأنه جعَلَ القبولَ في الثَّوْبِ المَرْوِيِّ[1] ـ وهو معدومٌ[2] ـ شرْطًا لصحَّةِ العَقْد في الهَرَوِيِّ، وهو شرْطٌ فاسدٌ؛ لأنه لا قبولَ في المعدومِ، فيَفْسُدُ العَقْدُ فيهما جميعًا[3]، سواءٌ بَيَّنَ ثَمنَ كلِّ واحدٍ منهما، أوْ لَمْ يُبَيِّنْ.

ثم إن صاحبَ **«الهداية»** لَمْ يَذْكُرْ [هذه المسألةَ][4] في **«البداية»**[5]؛ [أعني: مسألةَ اشتراءِ العِدْلِ علىٰ أنه عشرةُ أثوابٍ، وإنما ذكَرَها في **«الهداية»**][6] تفريعًا، وكان الأَقْيَسُ أنْ يذْكُرَها عندَ قولِه: **(وَكَذَا مَنْ بَاعَ ثوبًا مُذَارَعَةً، كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ)**.

---

(١) وقع بالأصل: «الهروي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) في: «غ»: «وهو معلوم بيعًا شرطًا».

(٣) **أي**: في الهَرَوِيِّ والمَرْوِيِّ. كذا جاء في حاشية: «ن».

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٥) وقع بالأصل: «الهداية». والمثبت من: «ن».

(٦) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

وَقِيلَ: عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ لَا يَجُوزُ فِي فَصْلِ النُّقْصَانِ أَيْضًا، وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَىٰ ثَوْبَيْنِ عَلَىٰ أَنَّهُمَا هَرَوِيَّانِ، فَإِذَا أَحَدُهُمَا مَرْوِيٌّ حَيْثُ لَا يَجُوزُ فِيهِمَا، وَإِنْ بَيَّنَ ثَمَنَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْقَبُولَ فِي الْمَرْوِيِّ شَرْطًا لِلْعَقْدِ فِي الْهَرَوِيِّ، وَهُوَ شَرْطٌ فَاسِدٌ، وَلَا قَبُولَ يُشْتَرَطُ فِي الْمَعْدُومِ فَافْتَرَقَا.

وَلَوِ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا وَاحِدًا عَلَىٰ أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ، كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ؛ فَإِذَا هُوَ عَشْرَةٌ وَنِصْفٌ، أَوْ تِسْعَةٌ وَنِصْفٌ، قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ يَأْخُذُهُ بِعَشَرَةٍ مِنْ غَيْرِ خِيَارٍ، وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي يَأْخُذُهُ بِتِسْعَةٍ إِنْ شَاءَ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَأْخُذُهُ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ بِأَحَدَ عَشَرَ إِنْ شَاءَ، وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي بِعَشَرَةٍ إِنْ شَاءَ.

غاية البيان

قولُه: (فَافْتَرَقَا)، أي: شِرَاءُ العِدْلِ [٥/٦٣ظ/م] علىٰ أنه عشرةُ أثوابٍ بمئةٍ، كلُّ ثوبٍ بعشرةٍ، فإذا هو تسعةٌ، وشِرَاءُ الثوبَيْن علىٰ أنهما هَرَوِيَّانِ، فإذا أحدُهما مَرْوِيٌّ، افترقا، حيثُ يَجوزُ البَيْعُ في الأَوَّلِ دونَ الثاني.

والمَرْوِيُّ: بسكونِ الرَّاءِ. كذا السماعُ.

والعِدْلُ: العِكْمُ[1] إذا عُدِلَ بمِثْلِه.

قولُه: (وَلَوِ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا وَاحِدًا عَلَىٰ أَنَّهُ عَشَرَةُ أَذْرُعٍ، كُلُّ ذِرَاعٍ بِدِرْهَمٍ؛ فَإِذَا هُوَ عَشْرَةٌ وَنِصْفٌ، أَوْ تِسْعَةٌ وَنِصْفٌ...). إلىٰ آخرِه.

وهذه المسألةُ لَمْ يذْكُرْها محمدٌ في روايةِ «**الأصول**»، وإنما ذكَرها في «**النوادر**»، حكاه الفقيهُ أبو جعفرٍ، ولَمْ يذْكُرْها صاحبُ «**الهداية**» في «**البداية**»، وإنما ذكَرها تفريعًا هنا، كما ذكروا في «**شروح الجامع الصغير**» الذي صنَّفه [محمد][2].

---

(١) **العِكْمُ**: الثوْب والعِدْلُ ما دام فيهما المتاع. ينظر: «المعجم الوسيط» [٢/٦١٩].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَأْخُذُ فِي الْأَوَّلِ بِعَشْرَةٍ وَنِصْفٍ إِنْ شَاءَ، وَفِي الثَّانِي بِتِسْعَةٍ

وكان يَنْبَغِي أنْ يَذْكُرَ هذه المسألةَ عَقِيبَ قوله: (وَمَنْ اشْتَرَىٰ ثَوْبًا عَلَىٰ أَنَّهُ عَشْرَةُ أَذْرُعٍ بِعَشَرَةٍ، أو أَرْضًا عَلَىٰ أَنَّهَا مِئَةُ ذِرَاعٍ بِمِئَةٍ، فَوَجَدَهَا أَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ). فحُكْمُها عُرِفَ ثَمَّةَ، لأن ثَمَّةَ الزيادةَ والنُّقْصَانَ بِذِرَاعٍ كاملٍ، وهنا بما دونَ الذِّرَاعِ.

ثم نَقُولُ: إذا شرَطَ في الثَّوْبِ أنه عشرةُ أَذْرُعٍ، كلُّ ذِرَاعٍ بدرهمٍ، فزاد على العشرةِ نِصْفَ ذِرَاعٍ، أَوْ نقَصَ عنها نِصْفَ ذِرَاعٍ، قال أبو حَنِيفَةَ: يَأْخُذُ في الأَوَّلِ الثَّوْبَ بعشرةٍ، ويُسْلَمُ له النِّصْفُ مجَّانًا، وهذا بلا خيارٍ، وفي الثاني: يَأْخُذُهُ بتسعةٍ إنْ شاء.

وأبو يوسفَ جعَلَ نِصْفَ ذِرَاعٍ بمنزلةِ ذِرَاعٍ كاملٍ، ففي الأَوَّلِ: يَأْخُذُهُ بأحدَ عشَر، وفي الثاني: يأخُذُهُ بعشرةٍ، وله الخِيارُ في الوَجْهَين.

وعندَ محمَّدٍ: يَأْخُذُ في الأَوَّلِ: بعشرةٍ ونِصْفٍ، وفي الثاني: بتسعةٍ ونِصْفٍ، وله الخِيارُ في الوَجْهين أيضًا؛ اعتبارًا للجُزءِ بالكُلِّ؛ لأن كلَّ ذِراعٍ إذا قُوبلَتْ بدرهمٍ؛ يَكُونُ كلُّ ذِرَاعٍ مقابَلًا بنِصْفِ درهمٍ لا محالةَ، وهذا ظاهرٌ، ثم إذا زاد الذِّراعُ الكاملُ، يَأْخُذُهُ بأحدَ عشَر [٢/٦٠ظ] فيَنْبَغِي أنْ يَأْخُذَهُ بعشرةٍ ونِصْفٍ، إذا زاد نصفَ ذِرَاعٍ، لكنْ للمُشْتَرِي [٥/٦٤و/م] الخِيَارُ في الوَجْهين.

ففي الزيادةِ: لأنه نفْعٌ يَشُوبُه ضرَرٌ.

وفي النُّقْصَانِ: لتفرُّقِ الصَّفْقَةِ [عليه][1].

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أن كلَّ ذِراعٍ لَمَّا أُفْرِدَ بذِكْرِ بدَلٍ؛ كانت كلُّ ذِراعٍ كثوبٍ بِيعَ علىٰ أنه ذِراعٌ، فإذا انتقَصَ الثَّوْبُ مِن الذِّراعِ؛ لَمْ ينتَقِصْ شيءٌ مِن الثَّمَنِ، وللمُشْتَرِي الخِيارُ، فكذا هذا، لكنَّ الخِيارَ في الزيادةِ: لأنه نفْعٌ يَشُوبُه مضَرَّةٌ، وفي

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

وَنِصْفٍ وَيُخَيَّرُ؛ لِأَنَّ مِنْ ضَرُورَةِ مُقَابَلَةِ الذِّرَاعِ بِالدِّرْهَمِ مُقَابَلَةَ نِصْفِهِ بِنِصْفِهِ

النُّقْصَانِ: لفَوَاتِ الوَصْفِ المرغوبِ فيه.

ووجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أن الذِّرَاعَ يُعْتَبرُ وصْفًا في الأصلِ، وإنما يَأْخُذُ حُكْمَ الأصلِ إذا وُجِدَ الشرطُ، ثم الشرطُ وُجِدَ في الذِّراعِ، لا فيما دونَها، فكان الحُكْمُ في الذِّراعِ باقيًا على الأصلِ، فكان وصْفًا، والوَصْفُ لا يقابِلُه شيءٌ مِن الثَّمَنِ، لكن ليس له الخِيَارُ في صورةِ الزيادةِ؛ لأن العشرةَ والنِّصْفَ بمنزلةِ العشرةِ الجيِّدةِ، فإذا اشترى شيئًا على أنه مَعِيبٌ، فوجَدَه سليمًا؛ يَأْخُذُهُ بلا خيارٍ، فكذا هنا.

وفي صورةِ النُّقْصَانِ: يَأْخُذُهُ بتسعةٍ إنْ شاء؛ لأن النِّصْفَ الزائدَ على التسعةِ بمنزلةِ الوَصْفِ، فلا يُقابِلُهُ شيءٌ مِن الثَّمنِ، لكن الخِيارَ لفوَاتِ الوَصْفِ المرغوبِ فيه، وهو النِّصْفُ النَّاقِصُ عن العشرةِ، وبقولِ محمَّدٍ نَأْخُذُ.

قال [الزاهدُ][1] العَتَّابِيُّ في «شرح الجامع الصغير»: «قال مشايخُنا: هذا في الثَّوْبِ الذي يَتَعَيَّبُ بقَطْعِ بعْضِه، كَالقَمِيصِ والسَّرَاويلِ والعِمامَةِ ونحوِها، فأَمَّا إذا كان كِرْباسًا لا يَضُرُّهُ القطعُ، فاشتراه على أنه عشرةُ أَذْرُعٍ، فوجدَه أحَدَ عشَر؛ لا يُسَلَّمُ له الزيادةُ، بل تُرَدُّ على البائعِ، كما في المكيلاتِ والمَوْزُونَاتِ.

وعلى هذا قالوا: لو باع ذِرَاعًا مِن الكِرْباسِ يَجُوزُ، كما لو باع قَفِيزًا مِن صُبْرَةٍ يَجُوزُ؛ لأن القطعَ والتمييزَ لا يَضُرُّ بالباقي، ولو باع ذِراعًا مِن هذا القَمِيصِ، أَوْ مِن هذه العِمَامَةِ لا يَجُوزُ؛ لأن القطعَ يَضُرُّهُ، فصار كما لو باع جِذْعًا في السَّقْفِ، أَوْ حِلْيَةً في السَّيْفِ؛ لا يَجُوزُ لِمَا قُلنا، كذا هنا، إلا إذا قَطَعه وسَلَّمه وقَبِلَه المُشْتَرِي؛ فحينئذٍ يَجُوزُ بطريقِ الابتداءِ». إلى هنا لَفْظُ كتابِ العَتَّابِيِّ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

فَيَجْرِي عَلَيْهِ حُكْمَهَا. ولأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لِمَا أَفْرَدَ كُلَّ ذِرَاعٍ بِبَدَلٍ فَنَزَلَ كُلُّ ذِرَاعٍ مَنْزِلَةَ ثَوْبٍ عَلَىٰ حِدَةٍ وَقَدِ انْتُقِضَ. ولأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ الذِّرَاعَ وَصْفٌ فِي الْأَصْلِ، وَإِنَّمَا أَخَذَ حُكْمَ الْمِقْدَارِ بِالشَّرْطِ وَهُوَ مُقَيَّدٌ بِالذِّرَاعِ، فَعِنْدَ عَدَمِهِ عَادَ الْحُكْمُ إِلَىٰ الْأَصْلِ. وَقِيلَ: فِي الْكِرْبَاسِ الَّذِي لَا يَتَفَاوَتُ جَوَانِبُهُ لَا يَطِيبُ لِلْمُشْتَرِي مَا زَادَ عَلَىٰ الْمَشْرُوطِ؛ [٣/ظ]؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْزُونِ حَيْثُ لَا يَضُرُّهُ الْفَصْلُ، وَعَلَىٰ هَذَا قَالُوا: يَجُوزُ بَيْعُ ذِرَاعٍ مِنْهُ.

غاية البيان

قولُه: (فَيُجَزَّأُ عَلَيْهِ)، أي: فيُقْسَمُ الذِّراعُ على الدرهمِ، فيَكُونُ [٥/٦٤ظ/م] نِصْفُ الذِّراعِ بِنِصْفِ الدرهمِ.

وقولُه: (فَعِنْدَ عَدَمِهِ عَادَ الحُكْمُ إِلَىٰ الْأَصْلِ)، أي: عندَ عدمِ الشرطِ ـ وهو كونُه مقَيَّدًا بِالذِّراعِ ـ عاد حُكْمُ الذِّرَاعِ إلى الأصلِ، وهو جَرَيانُ الذِّرَاعِ مَجْرَىٰ الوَصْفِ، فلا جَرَمَ عُدَّ [فَضْلُ][1] نِصْفِ ذِرَاعٍ جَوْدةً، فصارَتِ العشرةُ والنِّصْفُ كالعشرةِ الجيِّدةِ.

قولُه: (وَ [قِيلَ][2] فِي الكِرْباسِ الَّذِي لَا يَتَفَاوَتُ جَوَانِبُهُ: لَا يَطِيبُ لِلْمُشْتَرِي مَا زَادَ عَلَىٰ الْمَشْرُوطِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَوْزُونِ) وبيانُ هذا مَرَّ آنفًا.

قولُه: (الْفَصْلُ) وهو بالصادِ المهملةِ؛ أي: القَطْعُ.

قولُه: (قَالُوا)، أي: قال المشايخُ. (مِنْهُ)، أي: مِن الكِرْباسِ الذي لا يَتَفَاوَتُ جوانبُهُ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

فَصْلٌ

وَمَنْ بَاعَ دَارًا دَخَلَ بِنَاؤُهَا فِي الْبَيْعِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ؛ لِأَنَّ اسْمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ الْعَرَصَةَ وَالْبِنَاءَ فِي الْعُرْفِ، وَلِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا اتِّصَالَ قَرَارٍ؛ فَيَكُونُ تَبَعًا لَهُ.

غاية البيان

فَصْلٌ

لَمَّا ذَكَر قَبْلَ هذا ما يَنْعَقِدُ به البَيْعُ، وما لا يَنْعَقِدُ معَ لوَاحِقِهما[1]: شرَعَ في هذا الفصْلِ يُبَيِّنُ ما يَدْخُلُ تحتَ البَيْعِ مِن غيرِ ذِكْرٍ[2]، وما لا يَدْخُلُ.

قولُه: (وَمَنْ بَاعَ دَارًا: دَخَلَ بِنَاؤُهَا فِي الْبَيْعِ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ). وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[3]، وذلك لأنَّ اسمَ الدَّارِ في العُرْفِ يَتَنَاوَلُ البناءَ والعَرْصَةَ[4] جميعًا، فيدْخُلُ البناءُ كالعَرْصَةِ.

والمطْلَقُ مِن الألفاظِ ينصَرِفُ إلى المتفاهَمِ في العُرْفِ، [ولا يُفْهَمُ في العُرْفِ][5] مِن بَيْعِ الدَّارِ: بَيْعُ عَرْصَتِها [٢/٦١و] لا بنائِها، بل بيْعُهما جميعًا.

وَلَا يُقَالُ: يَرِدُ عليكم مسألةُ اليَمِينِ: إذا حلَف ألَّا يَدْخُلَ هذه الدَّارَ، فدخَلَها بعدَ الانهدامِ؛ حَنِثَ، فلو كانتِ الدَّارُ تتناوَلُ البناءَ؛ لَمْ يَحْنَثْ.

لِأَنَّا نَقُولُ: الوَصْفُ في الأعيانِ لغْوٌ إذا لَمْ يَكُنْ داعِيًا إلى اليَمِينِ، والبناءُ ليس بداعٍ إلى اليمينِ، بل هو داعٍ إلى الدخولِ.

---

(١) وقع بالأصل: «لوَاحِقِها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «ذِكْره». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٧٩].

(٤) **العَرْصَةُ:** كلُّ بُقعةٍ بين الدُورِ، واسعةٌ ليس فيها بناءٌ، والجمْع: العِرَاص والعَرَصَات. وقد تقدم التعريف به.

(٥) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَمَنْ بَاعَ أَرْضًا: دَخَلَ مَا فِيهَا مِنَ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ؛

قال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «رَجُلٌ اشترىٰ أرضًا، أوْ دارًا، لا يدْخُلُ الشِّرْبُ، ولا الطريقُ إلا بذِكْرِ الحقوقِ؛ لأنهما من الحقوقِ، فلا يَدْخُلانِ إلا بذِكْرِ الحقوقِ، وكذلك في الإِقْرَارِ، والوَصِيَّةِ، والصُّلْحِ وغيرِه، ويَدْخُلانِ في الإجارةِ والقِسْمةِ، والرَّهْنِ، والصَّدَقَةِ المَوْقُوفَةِ»[١].

وقال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «وإذا لَمْ يَدْخُلْ في البَيْعِ، قال في «**المنتقىٰ**»: للمُشْتَرِي أنْ يَرُدَّ، ويقولَ: ظننْتُ أن لي مَفْتحًا[٢] إلىٰ الطريقِ الأعظمِ».

وفيها: «رَجُلٌ باع دارًا، وكان لها طريقٌ قد سَدَّ صاحبُها قبْلَ ذلك، وجعَل لها طريقًا غيرَ ذلك، ثم باعَها بحقوقِها؛ لا يَكُونُ له [٥/٦٥و/م] الطريقُ الأَوَّلُ، ويَكُونُ له الطريقُ الثاني»، وستَجِيءُ مسألةُ المِفْتاحِ في هذا الفصْلِ إنْ شاء اللهُ تعالىٰ[٣].

وكلُّ بُقْعةٍ ليس فيها بناءٌ: فهي عَرْصَةٌ[٤].

قولُه: (وَمَنْ بَاعَ أَرْضًا: دَخَلَ مَا فِيهَا مِنَ النَّخْلِ وَالشَّجَرِ، وَإِنْ لَمْ يُسَمِّهِ).
هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»، **وتمامُه فيه**: «ولا يَدْخُلُ الزَّرْعُ في بَيْعِ الأرضِ إلا بالتسْميةِ»[٥]؛ وذلك لأن الشَّجرَ متَّصلٌ بالأرضِ اتِّصالَ تأبيدٍ، وليس لرَفْعِهِ غايةٌ معلومةٌ، فأشبَه البناءَ، ودخَلَ في بَيْعِ الأرضِ تبَعًا، بخلافِ الزرعِ فإنه ليس بمتَّصلٍ بها اتِّصالَ تأبيدٍ، ولرَفْعِه غايةٌ معلومةٌ، فأشبَه المتاعَ الموضوعَ في الأرضِ،

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣/١٩٢ - ١٩٣].

(٢) **المَفْتَحُ**: هو الموضع الذي يُفْتَح فيه. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [٢/٦٩٤].

(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٢١١].

(٤) إشارة إلىٰ قول صاحب: «الهداية»: «لِأَنَّ اسْمَ الدَّارِ يَتَنَاوَلُ الْعَرْصَةَ». ينظر: «الهداية» للمَرْغِيناني [٣/٢٦].

(٥) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٧٩].

....

فلَمْ يَدْخُلْ تحتَ البَيْعِ إلا بالشرطِ.

وَلَا يُقَالُ: يَرِدُ عليكم بَيْعُ جاريةٍ، أوْ شاةٍ، أوْ بقرةٍ في بطْنِها ولدٌ، حيث يَدْخُلُ الولدُ تحتَ البَيْعِ، وإنْ لَمْ يتَّصلْ بالأُمِّ اتِّصالَ تأبيدٍ، ولانفصالِ الولدِ أيضًا غايةٌ معلومةٌ بالحديثِ، وهو حديثُ عَائِشَةَ: «**الْوَلَدُ لَا يَبْقَىٰ فِي الْبَطْنِ أَكْثَرَ مِنْ سَنَتَيْنِ**»[(١)].

لِأَنَّا نَقُولُ: الولدُ قبلَ الانفصالِ كسائرِ أجزاءِ الأُمِّ حُكْمًا وحقيقةً.

أَمَّا حُكْمًا: فإنه يَعْتِقُ بعِتْقِ الأُمِّ.

وأمَّا حقيقةً: فإنه يَتَغَذَّىٰ بغذاءِ الأُمِّ، وينْتَقِلُ بانتقالِها.

قال في «خلاصة الفتاوىٰ»: والقُطْنُ كَالزَّرْعِ لا يَدْخُلُ، وأمَّا أصلُ القُطْنِ: فاختلَف المشايخُ فيه، والصحيحُ: أنه لا يَدْخُلُ، وأمَّا الكُرَّاثُ إنْ[(٢)] كان طاهرًا:

---

(١) أخرجه: سعيد بن منصور في «سننه» [رقم/ ٢٠٧٧]، ومن طريقه: البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٧/٤٤٣]، والدارقطني في «سننه» [٣/٣٢١]، من طريق: ابْنِ جُرَيْجٍ، عَنْ جَمِيلَةَ بِنْتِ سَعْدٍ، قَالَتْ: قَالَتْ عَائِشَةُ ﵂: «مَا تَزِيدُ الْمَرْأَة فِي الْحَمْلِ عَلَىٰ سَنَتَيْنِ، قَدْرَ مَا يَتَحَوَّلُ ظِلُّ عُودِ الْمِغْزَلِ». وهذا لفْظ الدارقطني.

قال ابن أبي العز: «أنكره مالك ﵀».

قلنا: يشير إلىٰ ما أخرجه الدارقطني في «سننه» [٣/٣٢٢]، ومن طريقه: البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٧/٤٤٣]، من طريق: دَاوُد بْن رُشَيْدٍ، قَالَ: سَمِعْتُ الْوَلِيدَ بْنَ مُسْلِمٍ يَقُولُ: قُلْتُ لِمَالِكِ بْنِ أَنَسٍ: «إِنِّي حُدِّثْتُ عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّهَا قَالَتْ: «لَا تَزِيدُ الْمَرْأَةُ فِي حَمْلِهَا عَلَىٰ سَنَتَيْنِ قَدْرَ ظِلِّ الْمِغْزَلِ»، فَقَالَ: سُبْحَانَ اللهِ! مَنْ يَقُولُ هَذَا؟ هَذِهِ جَارَتُنَا امْرَأَةُ مُحَمَّدِ بْنِ عَجْلَانَ، امْرَأَةُ صِدْقٍ، وَزَوْجُها رَجُلُ صِدْقٍ، حَمَلَتْ ثَلَاثَةَ أَبْطُنٍ فِي اثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً، تَحْمِلُ كُلَّ بَطْنٍ أَرْبَعَ سِنِينَ» ينظر: «التنبيه علىٰ مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٣/١٤٤٢]. و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/٨٠].

(٢) وقع بالأصل: «وإنْ». والمثبت من: «ن»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «خلاصة الفتاوىٰ» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق٢١٩/ب/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

. . . .

فلا يَدْخُلُ، وما كان مُعَيَّنًا: فالصحيحُ: أنه يَدْخُلُ».

ثم قال[1] «[قال][2] في «**المحيط**»: والأصلُ: أن ما كان لقَطْعِه مدةٌ معلومةٌ، فهو كَالثَّمرِ، فلا يَدْخُلُ، وما ليس بقَطْعِه مدَّةٌ معلومةٌ، يَدْخُلُ كَالشَّجَرِ».

ثم قال: «وأمَّا الأَشْجارُ: إنْ كانت بحالٍ تُقْطَعُ في كلِّ ثلاثِ سنين ـ إنْ كانت تُقْلَع مِن الأصلِ ـ تَدْخُلُ تحتَ البَيْعِ، وهو الشَّجرُ الصغيرُ الذي يُبْتاعُ في السوقِ في الربيعِ، وإنْ كانت تُقْطَعُ مِن وَجْهِ الأرضِ: فالصحيحُ أنها تَدْخُلُ في البَيْعِ أيضًا ـ مِن غيرِ ذِكْرٍ ـ مُثْمِرةً كانت أوْ غيرَ مُثْمِرةٍ، صغيرةً أوْ كبيرةً، للحطبِ أوْ لغيرِه»[3].

وفيه اختلافُ المشايخِ، واختيارُ الوَلْوَالِجِيِّ في «**فتاواه**»[4]: أنها لا تَدْخُلُ؛ لأنها بمنزلةِ الثَّمرِ.

وقال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «قال مشايخُنا: إنْ كان شجرًا يُغْرَسُ للقَطْعِ لا للبقاءِ ـ كَشَجَرِ الحَطَبِ وغيرِه ـ لا تَدْخُلُ؛ لأنها بمنزلةِ الزَّرْعِ، وذلك لا يَدْخُلُ تحتَ بَيْعِ الأرضِ مِن غيرِ ذِكْرٍ»[5] كذا هذا. ونقَلَه عن آخرِ «**المزارعة الكبيرة**» لخُوَاهَر زَادَه.

وقال في «الخلاصة»: «وشَجَرَةُ الخِلَافِ[6] . . . .

---

(١) يعني: «خلاصة الفتاوىٰ».

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٣) إلىٰ هنا انتهىٰ كلام صاحب: «خلاصة الفتاوىٰ» [ق٢١٩/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٤) ينظر: «الفتاوىٰ الْوَلْوَالِجيَّة» [٣/١٩٤].

(٥) إلىٰ هنا انتهىٰ كلام صاحب: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» [ق ١٢٧/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(٦) **الْخِلَافُ**: شجر طَيِّب، يُسْتخْرَج منه ماء طيِّب، مثل ماء الْوَرْد، وَتُؤْخَذ أغصانه فَتُجْعَل طِيبًا. ينظر: «النظم المستعذب» لابن بطال [١/٢٦٥].

لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهِ بِهَا لِلْقَرَارِ فَأَشْبَهَ الْبِنَاءَ، وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ فِي بَيْعِ الْأَرْضِ إِلَّا بِالتَّسْمِيَةِ؛ لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهَا لِلْفَصْلِ فَشَابَهَ الْمَتَاعَ الَّذِي فِيهَا.

غاية البيان

والغَرَبِ[1] [٥/٦٥ظ/م]: للمُشْتَرِي، وكذا كلُّ ما كان له ساقٌ ولا يُقْطَعُ أصلُه [٢/٦١ظ] حتىٰ كان شجَرًا، وأصلُ الآسِ والزَّعْفَرَانِ: للبائعِ، والقَصَبُ في الأرضِ كَالثَّمَرةِ، والرُّطَبَةُ التي يُقَالُ لها: سِبِسْت[2] كَالثَّمرِ، وأمَّا عروقُها: فتَدْخُلُ في البَيْعِ، وقِوَامُ الخِلَافِ تَدْخُلُ في البَيْعِ، وقِوَامُ البَاذِنْجَانِ كذلك. ذكَره الإمامُ السَّرَخْسِيُّ، والإمامُ الفَضْلِيُّ جَعَل قوَائمَ الخِلَافِ كَالثَّمَرَةِ بلَغ أوانَ القطْعِ أوْ لا، قال: وبه يُفْتَىٰ»[3].

إلىٰ هنا لفْظُ «**الخلاصة**».

وقال الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «رَجُلٌ اشْتَرَىٰ كَرْمًا، وفيه ورَقُ التُّوتِ والوَرْدُ، لا يَدْخُلُ ذلك في البَيْعِ؛ لأنه بمنزلةِ الثَّمرِ»[4].

قولُه: (لِأَنَّهُ مُتَّصِلٌ بِهِ)، أي: الزَّرْعُ متَّصلٌ بالأرضِ، وتذْكيرُ الضميرِ في (**به**): علىٰ تأويلِ المكانِ كقولِه[5]:

---

(١) **الغَرَبُ**: ضَرْبٌ مِن شجَرٍ تُسَوَّىٰ منه السهام، وهو جنس الفصيلة الصفصافية يُزْرعُ حول الجَداوِلِ. ينظر: «المعجم الوسيط» [٢/٦٤٧].

(٢) **السِّبِسْت** (ويقال: سِبِسْتَان): هو شجرة مِن الفصيلة المُخَاطِيَّة، لَهَا ثَمَرٌ مُخاطِيٌّ كان يُسْتَعْمل لتَلْيِين الصَّدْر، وهو اليوم يسْتَعْمل في صُنْع الدِّبْق أو الدَّابُوق الذي يُصاد به الطُّيُور والذُّبابُ ونحو ذلك. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٤/٥٤٦/مادة: ستت]. و«الجامع لمفردات الأدوية والأغذية» لابن البيطار [٣/٥]. و«المعجم الوسيط» [١/٢٧٠].

(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» [ق٢١٩/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٤) ينظر: «الفتاوَىٰ الْوَلْوَالِجِيَّة» [٣/١٩٤].

(٥) هذا عَجُز بيْتٍ لعامر بن جوين الطائي كما في «الكامل» للمبرد [٢/٢٠٧]، وصدْرُه:

فَــلَا مُزْنَــةٌ ودَقَــتْ وَدْقَهَــا

ومرادُ المؤلف مِن الشاهد: جوازُ تذكير المؤنَّث؛ إذا كان بتأويل يقتضِي ذلك؛ حيث أخبَر الشاعرُ عن: «الأرْض» وهي مؤنثة؛ بـ: «أبْقَلَ». وهو مُذكَّر، وإنّما استعمل التذكير؛ لكونه قصَد الموضعَ=

وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا، أَوْ شَجَرًا فِيهِ ثَمَرٌ؛ فَثَمَرَتُهُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «مَنِ اشْتَرَىٰ أَرْضًا فِيهَا نَخْلٌ فَالثَّمَرَةُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يُشْتَرَطَ الْمُبْتَاعُ»؛ وَلِأَنَّ الِاتِّصَالَ وَإِنْ كَانَ خِلْقَةً فَهُوَ لِلْقَطْعِ لَا لِلْبَقَاءِ فَصَارَ كَالزَّرْعِ.

وَلَا أَرْضَ أَبْقَــــلَ إِبْقَالَهَــــا

قولُه: (وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا، أَوْ شَجَرًا فِيهِ ثَمَرٌ؛ فَثَمَرَتُهُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ). وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1]، أي: إلا أن يَشْتَرِطَ المُشْتَرِي الثَّمرةَ لنفسهِ، فحينئذٍ تَكُونُ الثَّمرةُ له.

وقال مالكٌ: إذا كانت قد أُبِّرَتْ؛ لَمْ تَدْخُلْ في البَيْعِ، وإنْ لَمْ تُؤَبَّرْ؛ فهي للمُشْتَرِي[2]، وبه قال الشَّافعيُّ رحمه الله. كذا في «شرح الأقطع».

وقال في «وَجِيزِهم»: «وإنْ كان عليها ثَمرةٌ مُؤَبَّرَةٌ لَمْ تَنْدَرِجْ تحتَه، وغيرُ المُؤَبَّرةِ تندَرِجُ[3]»[4]. وهو قولُ أحمدَ[5] وإسحاقَ أيضًا.

لهم: ما روىٰ مالكٌ في «الموطَّأ»: عَن نافعٍ عن عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ رضي الله عنهما: أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ قَالَ: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ، فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ»[6].

= والمكان ونحوهما. وينظر: «الخصائص» لابن جني [٢/٤١٤].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٧٩].

(٢) ينظر: «منح الجليل» لعُلَيْش [٥/٢١١]. و«الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٣/٦٨٨]. و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٣/١٥١].

(٣) في «الوجيز»: «وغير المؤبرة تندرج (ح)». ويعني بـ: (ح): الرمزَ به إلىٰ أبي حنيفة، كما نصَّ علىٰ ذلك في المقدمة. ينظر: «الوجيز في فقه الشافعي» للغزالي [١/١٠٦].

(٤) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٤/٣٣٩].

(٥) ينظر: «المبدع في شرح المقنع» لابن مفلح [٤/١٥٧]، و«المغني» لابن قدامة [٤/٦٣]. ينظر: «الروض المربع» للبهوتي [ص/ ٣٤٩].

(٦) أخرجه: مالك في «الموطأ» [٢/٦١٧]، ومن طريقه: البخاري في كتاب البيوع/ باب من باع نخلًا=

وَيُقَالُ لِلْبَائِعِ: اقْطَعْهَا وَسَلِّمْ الْمَبِيعَ، وَكَذَا إِذَا كَانَ فِيهَا زَرْعٌ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْمُشْتَرِي مَشْغُولٌ بِمِلْكِ الْبَائِعِ فَكَانَ عَلَيْهِ تَفْرِيغُهُ وَتَسْلِيمُهُ، كَمَا إِذَا كَانَ فِيهِ مَتَاعٌ.

غاية البيان

ولنا: ما رَوَىٰ محمدٌ في شُفْعةِ «**الأصل**»[١]: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «**مَنِ اشْتَرَىٰ أَرْضًا فِيهَا نَخْلٌ؛ فَالثَّمَرُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ**»[٢].

بيانُه: أن قولَه: «**فَالثَّمَرُ لِلْبَائِعِ**» يَشْمَلُ المُؤَبَّرَ وغيرَ المُؤَبَّرِ، فيَكُونُ بعمومِه حجَّةً عليهم، ولأن العَقْدَ وقَع علىٰ الأصلِ، فلا يَدْخُلُ تحتَه الثَّمرُ، سواءٌ أُبِّرَتِ النَّخْلُ أَمْ لَمْ تُؤَبَّرْ، كما في ثمرِ سائرِ الشَّجَرِ، ولأن اتِّصالَ الثَّمرِ بالنَّخْلِ وإنْ كان أمْرًا خِلْقِيًّا؛ لكنه للقطعِ، لا للبقاءِ، فصار كالزَّرْعِ، فلَمْ يَدْخُلْ تحتَ البَيْعِ.

والجوابُ عن حديثِ ابن عُمَر رضي الله عنهما **فنقول**: تخصيصُ الشيءِ بالذِّكْرِ لا يَدُلُّ علىٰ نَفْيِ ما عداه، والحُكْمُ في المسكوتِ عنه [٥/٦٦و/م] مَوْقُوفٌ علىٰ وجودِ الدليلِ، وقد وُجِدَ ذلك نقْلًا وعقلًا، وقد بَيَّنَّا ذلك.

ثم إذا لَمْ يَدْخُلِ الثَّمَرُ تَحْتَ بَيْعِ النَّخْلِ والشَّجَرِ: قال **القُدُورِيُّ** في «**مختصره**»: «ويُقَالُ للبائعِ: اقْطَعْهَا وسَلِّمِ المَبِيعَ، وكذا إذا كان فيها زرْعٌ»[٣].

وقال الشَّافعيُّ: ليس لمُشْتَرِي الأَشْجَارِ أن يكُلِّفَ البائعَ قَطْعَ الثِّمارِ، بل له[٤]

= قد أبرت أوْ أرضًا مزروعة أو بإجارة [رقم/ ٢٠٩٠]، ومسلم في كتاب البيوع/ باب من باع نخلا عليها ثمر [رقم/ ١٥٤٣]، وغيرهم من حديث: ابن عُمر رضي الله عنهما.

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٢٥١/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) قال الزيلعي: «غريب بهذا اللفظ». وقال ابنُ حجر: «لَمْ أجِدْه، وإنما المعروف حديثُ ابن عُمَر: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا مُؤَبَّرًا؛ فَالثَّمَرُ لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ». متفق عليه». ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [٤/٥]. و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٤٧].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٧٩].

(٤) في «الوجيز»: «بل له (ح) الإبقاءُ إلىٰ أوَان القِطَاف». ويعني بـ: (ح): الرمزَ به إلىٰ أبي حنيفة؛=

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: يُتْرَكُ حَتَّىٰ يَظْهَرَ صَلَاحُ الثَّمَرِ وَيُسْتَحْصَدُ الزَّرْعُ؛ لِأَنَّ

الإبقاءُ إلىٰ أوَانِ القِطَافِ للعُرْفِ. كذا في «وجيزهم»[1].

ولنا: أن مِلْكَ المُشْتَرِي ـ وهو الشَّجَرُ والأرضُ ـ مشغولٌ بمِلْكِ البائع، وهو الثَّمرُ والزَّرْعُ، فيَجِبُ علىٰ البائعِ تفريغُه وتسليمُه، كما إذا باع أرضًا فيها متاعُه، أو جمَلًا عليه رحْلُه؛ يَجِبُ التفريغُ والتَّسْليمُ، فكذا هنا.

ولأن فيما قال الشَّافعيُّ ضررًا علىٰ المُشْتَرِي، حيثُ يَسْتَحقُّ عليه الانتفاعَ بمِلْكِه بغيرِ عِوَضٍ ولا رضًا، ولحوقُ الضررِ علىٰ البائعِ ليس بمُبِيحٍ له الانتفاعَ بمِلْكِ الغيرِ، كما لو باع ناقةً ولها فَصِيلٌ.

فَإِنْ قُلْتَ[2]: التَّسْليمُ الواجبُ هو المعتادُ، ولهذا لا يَجِبُ نقْلُ المتاعِ مِن الدَّارِ المَبِيعَةِ للحالِ، بل يُنْتَظَرُ إلىٰ أنْ يَكُونَ النهارُ، ويُوجَدَ الحَمَّالُ[3]، وكذا يُنْتَظَرُ إلىٰ أن يَسْتَحْصِدَ الزَّرْعُ إذا انقضَتْ مُدَّةُ الإجارةِ، ولا يُؤْمَرُ بقَلْعِ الزَّرْعِ للحالِ.

والمعتادُ في مسألَتِنا: أنْ يُنْتَظَرَ إلىٰ القِطَافِ والحَصادِ.

قُلْتُ: نقْلُ المتاعِ إذا كان كثيرًا لا يُؤْمَرُ به [٢/٦٢و] للحالِ؛ لعدمِ الإمكانِ، لا لأنه هو المعتادُ، فكذا لا يُؤْمَرُ بالليلِ لهذا المعنَىٰ.

وأمَّا مسألةُ الإجَارةِ: فالتسليمُ ثَمَّةَ يَجِبُ للحالِ، ولهذا وجَبَ تبْقِيةُ الزَّرْعِ بأُجْرةٍ مُبْتَدأةٍ، فلو لَمْ يَكُنْ تسليمُ الأرضِ واجبًا للحالِ؛ لَمْ تَجِبْ أُجْرَةٌ أُخرىٰ.

قولُه: (وَيُسْتَحْصَدُ الزَّرْعُ)، يُقالُ: استَحْصَد الزَّرْعُ، حان له أنْ يُسْتَحْصَدَ.

= كما نصَّ علىٰ ذلك في المقدمة. ينظر: «الوجيز في فقه الشافعي» للغزالي [١/١٠٦].

(١) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٤/٣٤٤].

(٢) وقع بالأصل: «فإن قلنا». والمثبت من: «ن»، و«غ».

(٣) وقع بالأصل: «الجَمَّال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

الْوَاجِبَ إِنَّمَا هُوَ التَّسْلِيمُ الْمُعْتَادُ، وَفِي الْعَادَةِ أَلَّا تُقْطَعَ كَذَلِكَ، وَصَارَ كَمَا إِذَا انْقَضَتْ مُدَّةُ الْإِجَارَةِ وَفِي الْأَرْضِ زَرْعٌ.

قُلْنَا: هُنَاكَ التَّسْلِيمُ وَاجِبٌ أَيْضًا حَتَّى يُتْرَكَ بِأَجْرٍ، وَتَسْلِيمُ الْعِوَضِ تَسْلِيمُ الْمُعَوَّضِ.

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَرُ بِحَالٍ لَهُ قِيمَةٌ، أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الصَّحِيحِ

غاية البيان

قولُه: (فِي الْعَادَةِ أَلَّا تُقْطَعَ)، أي: لا تُقْطَعُ الثَّمرةُ قبْلَ بُدُوِّ[1] صلاحِها.

قولُه: (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَرُ بِحَالٍ لَهُ قِيمَةٌ، أَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الصَّحِيحِ).

متَّصِلٌ بقولِه: (وَمَنْ بَاعَ نَخْلًا، أَوْ شَجَرًا فِيهِ ثَمَرَةٌ؛ فَثَمَرَتُهُ لِلْبَائِعِ)، يَعْنِي: أن الثَّمرَ للبائعِ في الحالَيْن.

وقولُه: (فِي الصَّحِيحِ) احترازٌ عن قولِ عَلِيٍّ السُّغْدِيِّ[2].

قال في «الفتاوى الصغرى»: «الزَّرْعُ والثِّمارُ إذا لَمْ يَصِرْ لهما[3] قِيمَةٌ؛ لا يَدْخُلُ في البَيْعِ، لكن القاضيَ الإمامَ عَلِيًّا السُّغْدِيَّ يَقُولُ: تَدْخُلُ كالأوراقِ. ذكَره أستاذُنا [٥/٦٦ظ/م] في «مجموعاته»، وتمامُ هذا في «الواقعات»..». إلى هنا لَفْظُ روايةِ «الفتاوى الصغرى».

وقال في «الواقعات» ـ في بابِ البيوعِ الجائزةِ بعلامةِ النونِ ـ: «رَجُلٌ اشْتَرَى أرضًا قد بذَر فيها صاحبُها، ولَمْ يَنْبُتْ[4]؛ لا تَدْخُلُ تحتَ البَيْعِ؛ لأنها لَمَّا لَمْ

(١) أشار في حاشية الأصل: إلى أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «ظهور». بدل: «بُدُوّ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «ن»، و«غ».

(٢) هو: عَلِيُّ بن الْحُسَيْن بن محمد السُّغْدي القاضي أبو الْحُسَيْن الملقب شيخ الإسلام. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

(٣) وقع بالأصل: «لها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٤) أي: الزرع.

وَيَكُونُ فِي الْحَالَيْنِ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ يَجُوزُ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ فَلَا يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الشَّجَرِ مِنْ غَيْرِ ذِكْرٍ.

تُنْبِتْ ؛ لا تَصِيرُ تبعًا ، فلو نبتَ ولَمْ يَصِرْ له قِيمَةٌ هل يَدْخُلُ في البَيْعِ ؟ قال الفقيهُ أبو الليثِ: لا يَدْخُلُ.

والصوابُ: أنه يَدْخُلُ. نصَّ عليه في «**شرح القُدُورِيِّ**» ، وفي «**شرح المختصر** المَنْسُوبِ إلىٰ قاضي إسْبِيجَابَ[1] وغيرِ ذلك». إلىٰ هنا لَفْظُ «**الواقعات**».

وقال الوَلْوَالِجِيُّ في «**فتاواه**»: «رَجُلٌ اشْتَرَىٰ شجرًا وعليها ثمارٌ ، إلا أنها بحالٍ لا قِيمَةَ لها ، فَالثَّمرُ للمُشْتَرِي ؛ لأن البائعَ لو قصَد بَيْعَها علىٰ الانفرادِ ؛ لا يَجُوزُ. هكذا ذكَر في بعضِ المواضعِ.

والصوابُ: أن الثَّمرَ للبائعِ ؛ لأن التعليلَ غيرُ مُسَلَّمٍ ؛ لأن البائعَ لو باعَها علىٰ الانفرادِ يَجُوزُ ، وفيه نظرٌ يُتأَمَّلُ عندَ الفَتْوَىٰ»[2]. إلىٰ هنا لَفْظُ روايةِ الوَلْوَالِجِيِّ.

قولُه: (**لِأَنَّ بَيْعَهُ يَجُوزُ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ**). إشارةٌ إلىٰ ما ذكَره بعدَ تسعةِ خطوطٍ بقولِه: (**وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهَا فِي الْحَالِ ، أَوْ قَدْ بَدَا ؛ جَازَ**).

قولُه: (**فَلَا يَدْخُلُ**) ، بالفاءِ ؛ نتيجةً لقولِه: (**وَلَا فَرْقَ**) ، يَعْنِي: لَمَّا لَمْ يَكُنِ الفرقُ بينَ الحالَيْنِ ؛ لَمْ يَدْخُلِ الثَّمرُ في بَيْعِ الشَّجرِ بلا ذِكْرٍ.

---

(١) وقع بالأصل: «القاضي الأَسْبِيْجَابيّ». والمثبت من: «ن» ، و«غ». وهو الموافق لِمَا وَقَع في: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق٢٣٠/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)].

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الْوَلْوَالِجيَّة» [٣/١٩١ - ١٩٢].

وَأَمَّا إِذَا بِيعَتِ الْأَرْضُ، وَقَدْ بَذَرَ فِيهَا صَاحِبُهَا؛ وَلَمْ يَنْبُتْ بَعْدُ؛ لَمْ يَدْخُلْ فِيهِ؛ لِأَنَّهُ مُودَعٌ فِيهَا كَالْمَتَاعِ، وَلَوْ نَبَتَ وَلَمْ يَصِرْ لَهُ قِيمَةٌ، قَدْ قِيلَ: لَا يَدْخُلُ

غاية البيان

قولُه: (وَأَمَّا إِذَا بِيعَتِ الْأَرْضُ، وَقَدْ بَذَرَ فِيهَا صَاحِبُهَا؛ وَلَمْ يَنْبُتْ[1] بَعْدُ؛ لَمْ يَدْخُلُ فِيهِ)، وهذا باتِّفاقِ المشايخِ، وذلك لأنه لَمَّا لَمْ يَنْبُتْ لا يَصِيرُ تبعًا للأرضِ، فصار كالمتاعِ المُودَعِ فيها.

أَمَّا إذا نبتَ ولَمْ يَصِرْ له قِيمَةٌ: قال أبو القاسمِ الصَّفَّارُ: لا يَدْخُلُ في البَيْعِ.

وقال أبو بكرٍ الْإِسْكَافُ: إن الزَّرْعَ إذا لَمْ يَكُنْ له قِيمَةٌ أو الثَّمَرُ؛ يَدْخُلُ في البَيْعِ معَ الأرضِ.

وقال الفقيهُ أبو الليثِ في «النوازل»: «وبقولِ[2] أبي القاسمِ [الصَّفَّارِ][3] آخذُ».

وقال الوَلْوَالِجِيُّ [في فتاواه][4]: «والصوابُ أنه يَدْخُلُ». ثم [قال][5]: «نصَّ عليه في «**شرح القُدُورِيِّ**»، وفي «**شرح المختصر**» المَنْسُوبُ إلى قاضي إِسْبِيجَابَ»[6].

---

(١) أي: الزرع. هكذا فسَّره المؤلفُ هنا وفي حاشية النسخة التي بخطِّه مِن «الهداية» [٢/ق٤/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]،

(٢) وقع بالأصل: «وبقوله». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «النوازل من الفتاوىٰ» لأبي الليث السمرقَنْدِيِّ [ق١٧١/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٨٣)].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م». وهي غير مُثْبَتة في: «النوازل من الفتاوىٰ» لأبي الليث السمرقَنْدِيِّ [ق١٧١/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٨٣)].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٦) ينظر: «الفتاوىٰ الْوَلْوَالِجيَّة» [١٩٢/٣].

فِيهِ، وَقَدْ قِيلَ: يَدْخُلُ فِيهِ، وَكَأَنَّ هَذَا بِنَاءً عَلَى الِاخْتِلَافِ فِي جَوَازِ بَيْعِهِ قَبْلَ أَنْ يَنَالَهُ الْمَشَافِرُ وَالْمَنَاجِلُ، وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ بِذِكْرِ الْحُقُوقِ وَالْمَرَافِقِ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْهُمَا.

غاية البيان

يُقالُ: بَذَر البَذْرَ، مِن باب: نَصَر، إذا رمَاه على الأرضِ.

قولُه: (وَكَأَنَّ هَذَا). بتشديدِ النونِ.

[٥/٦٧و/م] **قولُه**: (الْمَشَافِرُ وَالْمَنَاجِلُ).

مِشْفَرُ البَعِير: شَفَتُه، وجَمْعُه: مَشافِرُ.

والمِنْجَلُ - بكسْرِ الميمِ -: ما يُحْصَدُ به الزَّرْعُ، والجمْعُ: مَنَاجِلُ.

قولُه: (وَلَا يَدْخُلُ الزَّرْعُ وَالثَّمَرُ بِذِكْرِ الْحُقُوقِ وَالْمَرَافِقِ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْهُمَا)، أي: لأن الثَّمرَ والزَّرْعَ ليسا مِن الحقوقِ والمرافقِ.

ونقَل في «**خلاصة الفتاوى**» عن شفعةِ [٢/٦٢ظ] «**الأصلِ**»[١]: «رَجُلٌ اشْتَرىٰ أرضًا فيها زَرْعٌ، إنْ ذَكَر الحقوقَ والمرافِقَ؛ لا يَدْخُلُ تحتَ البَيْعِ، إلا إذا شُرِطَ ذلك أنْ يَكُونَ للمُشْتَرِي، أوْ قال: بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ، فلو قال: بكلِّ قليلٍ وكثيرٍ؛ يَدْخُلُ؛ لأنه فيها أوْ منها، وإن قال في آخرِها: مِن حقوقِها: لا يَدْخُلُ. وكذا لو قال: مِن مرافِقِها».

وقال في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**»: «إذا باع الأرضَ بمرافِقِها؛ لا يَدْخُلُ الزَّرْعُ، إلا روايةً عن أبي يوسفَ في كتابِ «**القِسْمَةِ**»، وذَكَر البَقَّالِيُّ[٢] في «**جمع التفاريق**»:

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥/٢٥١ - ٢٥٣/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) **البَقَّالِيُّ (أو البَقَّال، والعَجَمُ يزيدون الياء)**: هذا الإمام قد اختُلِفَ في تعْيينه؛ فجزم صاحب: «كشف الظنون» [١/٥٩٦] وصاحب: «أسماء الكتب المتمم لشكف الظنون» [ص/ ١٢٥]، وصاحب: «هدية العارفين» [١/٤٩٥]، وغيرهم بكونه: مُحَمَّد بن مُحَمَّد بن أبي الْقَاسِم البقَّالِي زين المشايخ أَبا الْفضل الْخَوَارِزْمِيَّ الْحَنَفِيَّ (المتوفىٰ سنة: ٥٦٢هـ)! وهذا غير صحيح؛ لكون الإمام الْخَوَارِزْمِيِّ=

....

= متأخِّر الوفاة عن صاحبنا، وكيف يكون هو هُوَ وقد نقَل جماعةٌ مِن متقدِّمي الحنفية عن البَقَّاليِّ مِن كتابه: «جمع التفاريق» وكانت وفاة هؤلاء جميعًا قبل وفاة ذلك الْخَوَارِزْمِيِّ بدهر! ومنهم الصدر الشهيد هنا في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»، وكانت وفاتُه (سنة: ٥٣٦ هـ). وكذا نقل عنه صاحبُ: «خلاصة الفتاوىٰ» وكانت وفاتُه (سنة: ٥٤٢ هـ). بل قد نقَل عنه أبو الحسين القُدُورِيُّ شيئًا في كتابه: «التجريد» [٣٢٦٤/٧]، وكانت وفاة القُدُورِيِّ: (سنة: ٤٢٨ هـ). وقد اضطربوا في سنة وفاة هذا الْخَوَارِزْمِيِّ أيضًا! فذكَر صاحبُ «كشف الظنون»: أنه (توفي سنة: ٥٨٦هـ)! أمَّا صاحِبَا: «أسماء الكتب» و«هدية العارفين» فقد أرَّخَا لوفاته (سنة: ٥٧٦ هـ)! والصواب ما ذكرناه أوَّلًا مِن كونها (سنة: ٥٦٢هـ). علىٰ أصح الأقوال في ذلك.

فالحاصل: أن الإمام البَقَّاليَّ الذي ينقل عنه متقدِّمو الحنفية، ليس هو الإمام الْخَوَارِزْمِيَّ جزْمًا، وإنما هو إمام آخر متقدِّم الطبقة، معروف وصاحب تصانيف نافعة عند القوم، منها: «جَمْع التفاريق» و«الفتاوىٰ»، و«الصلاة» المشهور بـ: «صلاة البَقَّاليِّ». وغير ذلك.

ونظن وفاته كانت في أوائل الخمس مئة، فقد ذكروا له حكاية مشهورة مع شمس الأئمة الحَلْوانِيِّ (وكانا متعاصِرَيْن) في مسألة سقوط فَرْض العشاء بسقوط علاماتها، وكانت وفاةُ الحلوَانِيِّ: (سنة: ٤٤٨ هـ).

وقد رأينا العلَّامةَ الشهاب المَرْجَانِيَّ قد استشكل أن يكون البَقَّاليُّ هنا هو ذلك الشيخ الخوارزمِيُّ المتأخِّر الوفاة! وبحَثَ في ذلك بحثًا جيِّدًا في كتابه النفيس: «ناظورة الحق في فرضية العشاء وإنْ لَمْ يَغِب الشفَق» [ص/٣٥١ـ٣٥٦]، وخَلَص فيه إلىٰ كونه شيخًا مجهولًا غير معروف العدالة والثقة في الرواية؟

ثم رأينا صاحب: «كشف الظنون» [١٢٢٢/٢]، قد قال في التعريف بـ: «فتاوىٰ الخُجَنْدي»: «وهو مجلد جمَع فيه فتاوىٰ مشايخ عصره» ثم ذكَر منهم: «محمد بن يوسف البَقَّالِيَّ»، ولَمْ يَزِد علىٰ ذلك، ولعلَّ هذا هو صاحبنا هنا، لكن الخُجَنْديَّ هذا لَمْ نظفر له بتاريخ وفاة بعد التتبع! بل ترجمتُه نفسه عزيزة جدًّا! وهو مُحَمَّد بن عليِّ بن أبي القاسم، بن أبي رجاء، شمس الدين، أبو عبد الله، الخُجَنْديُّ. هكذا عرَّف به حاجي خليفة في: «كشف الظنون» [١٨٦٧/٢] وفي كتابه الآخر: «سُلَّم الوصول إلىٰ طبقات الفحول» [١٩/٣].

ونظنُّه توفِّي في الرُّبْع الأخير مِن المئة الخامسة، وهو صاحب الفتاوىٰ المشهور بـ: «الفتاوىٰ القاعدية»، وقد اشتبه علىٰ جماعة بآخرين ممنْ يُعْرَفون بـ الخُجَنْديِّ! وليس حالُه بأحسن مِن حال صاحبنا البَقَّالِيِّ الذي اشتبه هو الآخر علىٰ بعضهم بغيره ممنْ يقال له: البَقَّالِيُّ أيضًا!

ولَمْ يترْجِم عبدُ القادر القرشِيُّ ولا الفَيْرُوزآبادِيُّ ولا عبدُ القادر التمِيمِيُّ ولا ابنُ قُطْلُوبغا ولا الكفَوِيُّ ولا اللكْنَوِيُّ ولا غيرُهم ممنْ وقَفْنا علىٰ تصانيفهم في «طبقات الحنفية» لهذا الشيخ البَقَّالِيِّ هنا!=

وَلَوْ قَالَ بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكَثِيرٍ هُوَ لَهُ فِيهَا، وَمِنْهَا مِنْ حُقُوقِهَا أَوْ قَالَ: مِنْ مَرَافِقِهَا لَمْ يَدْخُلَا لِمَا قُلْنَا، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: مِنْ حُقُوقِهَا أَوْ: مِنْ مَرَافِقِهَا يَدْخُلَانِ فِيهَا.

أَمَّا الثَّمَرُ الْمَجْذُوذُ وَالزَّرْعُ الْمَحْصُودُ بِمَنْزِلَةِ الْمَتَاعِ لَا يَدْخُلُ إِلَّا بِالتَّصْرِيحِ بِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْمَتَاعِ.

غاية البيان

قولَ أبي حَنِيفَةَ معَ قولِ أبي يوسفَ».

قولُه: (لِمَا قُلْنَا)، إشارةٌ إلى قولِه: **(لِأَنَّهُمَا لَيْسَا مِنْهُمَا)**.

قولُه: (والثَّمَرُ الْمَجْذُوذُ)، يجوزُ روايتُه بدالَيْن مهملتَيْن، أوْ مُعجمَتَيْن، وكلاهما بمعنًى، وهو المقطوعُ، والأوَّلُ: هو الأَوْلَى مِن حيثُ اللفظُ؛ لتناسُبٍ بينَه وبينَ المحصودِ.

= وإنما اكتفَى بعضُهم بترجمة البَقَّالِيِّ الْخَوَارِزْمِيِّ (المتوفَّى سنة: ٥٦٢هـ). على أصحِّ الأقوال في ذلك.
وبعد كتابة ما تقدَّم: وجَدْنا بعض الأفاضل قد ظَفِر بترجمة نادرة لصاحبنا البَقَّالِيِّ، وهي ما ذكره العلَّامةُ عبدُ الرحيم التُّرْجُمَاني (أو الترجماتي) في كتابه: «يتيمة الدهر في فتاوى أهل العصر» حيث قال: «تُوفي عُمَرُ بن موسى بن يوسف البقَّالِيُّ بعد صلاة العصر في يوم الجمعة الرابع والعشرين مِن ذي القعدة سنة اثنين وخمسين وأربع مئة، وكان جامِعًا للعلوم، وكان مُفسِّرًا مُناظِرًا صاحب مذْهبٍ، ونحويًّا وأصوليًّا ووَرِعًا، وقد صنَّف في كل فنٍّ مِن ذلك كتابًا مَن طالَعه عرَفَ قَدْرَه، ولو أفْرَدْنا بفضائله كتابًا لا تنفد فضائلُه». هكذا حكَى المُعَلِّقان الفاضِلان على كتاب الشهاب المَرْجَانِيِّ: «ناظورة الحق في فرضية العشاء وإنْ لَمْ يَغِب الشفَق» [ص/ ٣٥٢]، نقْلًا عن كتاب: «يتيمة الدهر في فتاوى أهل العصر/ باب التاريخ» للتُّرْجُمَاني [ق٢٥٤ - ٢٥٥/ب - أ/ مخطوط المكتبة الأزهرية/ (رقم الحفظ: ٢١١٩)].
وبحَوْزَتِنا الآن ثلاثُ نُسَخٍ مِن «يتيمة الدهر» (وهي: نسخة مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا [رقم الحفظ: ٦٨٨]، ونسخة مكتبة فيض الله أفندي [رقم الحفظ: ١٠٠٨]، ونسخة مكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود [رقم الحفظ: ١٩٧]) وتنتهِي جميعًا بكتاب الفرائض، وليس فيها «باب التاريخ» الذي وقَع فيه التعريف بـ: البَقَّالِيِّ! فكأنها جميعها ناقصة.

وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صَلاحُهَا، أَوْ قَدْ بَدَا؛ جَازَ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوَّمٌ،

غاية البيان

قوله: (وَمَنْ بَاعَ ثَمَرَةً لَمْ يَبْدُ صَلاحُهَا، أَوْ قَدْ بَدَا؛ جَازَ الْبَيْعُ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «ووجَب على المُشْتَرِي قَطْعُها»[1].

وقال في «وجيزهم»: «فإنْ كان بعدَ بُدُوِّ الصلاحِ؛ صحَّ بكلِّ حالٍ، ومُوجبُ الإطلاقِ: التبقيةُ. (يعني: إلى القِطَافِ)[2]، وإنْ كان قبْلَهُ بطَلَ[3] إلا بشَرْطِ القطعِ»[4].

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «قال بعضُ مشايخِنا: إنما يَجُوزُ بعدَ الطلوعِ إذا كان الثَّمرُ بحالٍ يُنْتَفَعُ به بوجهٍ مِن الوجوهِ، وإذا كان بحالٍ لا يُنْتَفَعُ به بوجهٍ مِن الوجوهِ؛ فلا يَجُوزُ إلا أن هذا غيرُ سديدٍ؛ لأنَّ محمدًا ذكَر في كتابِ الزكاةِ في بابِ العُشْرِ: لو باع الثِّمارَ في أوَّلِ ما تَطْلُعُ، وترَكَها بإذْنِ البائعِ حتَّى أدرك؛ فالعُشْرُ على المُشْتَرِي، فلو لَمْ يَكُنِ الشِّرَاءُ جائزًا حينَ طلَع؛ لما وجَب عشرُه على المُشْتَرِي». إلى هنا لفْظُ روايةِ «شرح الطَّحَاوِيِّ»[5].

ووجهُ قولِ الشَّافعيِّ: ما رَوَى البُخَارِيُّ مُسْنَدًا إلى ابن عُمَر رضي الله عنهما: «أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا»[6].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٧٩].

(٢) هذا التفسير مِن كلام المؤلف.

(٣) في «الوجيز»: «ومُوجب الإطلاق: التبعية (ح)، وإنْ كان قبْله بطَل (ح)». ويعني بـ: (ح): الرمزَ به إلى أبي حنيفة. كما نصَّ على ذلك في المقدمة. ينظر: «الوجيز/ مع شرح الرافعي» للغزالي [٥/١].

(٤) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٣٤٥/٤].

(٥) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ١٤٣].

(٦) وتمامه: «نَهَى البَائِعَ وَالمُبْتَاعَ». أخرجه: البخاري في كتاب البيوع/ باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها [رقم/ ٢٠٨٢]، وغيره من حديث: ابن عُمر رضي الله عنه.

. . . .

والمعنى فيه: الاحتياطُ لأموالِ الناسِ، والاحترازُ عن الغَررِ؛ لأن الصلاحَ إذا بدا؛ أُمِنَتِ العاهةُ.

ولنا: ما روَىٰ في «**الصحيح البُخَارِيِّ**»: مُسْنَدًا إلىٰ ابن عُمَر رضي الله عنهما: أَنَّ رَسُولَ الله ﷺ قال: «**مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ، فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ**»[1].

وجهُ الاستدلالِ به: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ جعَل الثَّمرَ للبائعِ، إلا إذا شرَطَ المُبْتَاعُ [٥/٦٧ظ/م] الثَّمرَ لنفسِه؛ ويَكُونُ له باشتراطِه إيَّاها، ويَكُونُ ذلك مبتاعًا، وإذا ثبَتَ الثَّمَرُ للمُشْتَرِي بالشَّرْطِ؛ صحَّ إيرادُ العَقْدِ عليه.

ولأنَّ محلَّ البَيْعِ مالٌ وقد وُجِدَ؛ فجاز البَيْعُ، وذلك لأن المالَ ما يَكُونُ مُنتفَعًا به في الحالِ، أوْ كان علىٰ عَرْضٍ أن يَصِيرَ مُنتَفعًا، والثَّمرُ قبلَ بُدُوِّ الصلاحِ بهذه المثابةِ؛ لأنه يُنْتَفَعُ بها في ثاني الحالِ، ولا يُشْتَرطُ الانتفاعُ به في الحالِ، أَلَا تَرَىٰ أن بَيْعَ ولدِ جاريةٍ مولودٍ في الحالِ يَجُوزُ، وكذا بَيْعُ جَحْشٍ لا يُنْتَفَعُ به للحالِ يَجُوزُ، فكذا بَيْعُ ثَمَرَةٍ قَبْلَ بُدُوِّ صلاحِها؛ لأنه يُنْتَفَعُ بها في ثاني الحالِ، ولهذا يَجُوزُ البَيْعُ بِشَرْطِ القطعِ بالاتِّفاقِ، فلو لَمْ يَكُنْ محلًّا للبَيْعِ؛ لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ أصلًا.

والجوابُ عن الحديثِ فنَقُولُ: ليس المرادُ [منه ما تأوَّله الخصْمُ، ولأن ظاهرَهُ أَلَّا يَجُوزَ البَيْعُ قَبْلَ بُدُوِّ الصلاحِ، وقد جاز قبْلَه إذا شُرِطَ القطْعُ، فَعُلِمَ أن ظاهرَه متروكٌ.

فنقولُ: المرادُ][2] مِن البُدُوِّ: الظهورُ، ومِن الصلاحِ: صلاحيةُ الانتفاعِ به، بأنْ يخْرُج سليمًا، والانتفاعُ حاصلٌ في ثاني الحالِ، فصحَّ البَيْعُ.

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

. . . .

والمراد منه: النهيُّ عن بَيْعِ ثَمَرَةٍ لَمْ تَكُنْ بعْدُ، كما نهىٰ رسولُ اللهِ ﷺ عن بَيْعِ السِّنِينَ؛ أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما حدَّثَ الطَّحَاوِيُّ: بإسنادِه عن يُونُسَ عن سُفْيَانَ عن حُمَيْدٍ الأَعْرَجِ عن سُلَيْمَانَ بنِ عَتِيقٍ عن جَابِرِ بنِ عَبْدِ اللهِ رضي الله عنهما: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهىٰ عَنْ بَيْعِ السِّنِينَ»[(١)].

قال يُونُسُ: قال سُفْيَانُ: «هو نَهْيٌ عن بَيْعِ الثِّمارِ قبلَ أنْ يَبْدُوَ صلاحُها»[(٢)].

وقيل: إن النهيَ الذي كان مِن رسولِ اللهِ ﷺ عن بَيْعِ [٢/٦٣و] الثِّمارِ حتىٰ يَبْدُوَ صلاحُها: لَمْ يَكُنْ علىٰ تحريمِ ذلك، ولكن علىٰ المشورةِ.

يَدُلُّ علىٰ ذلك: ما رَوَىٰ البُخَارِيُّ: مُسْنَدًا إلىٰ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ رضي الله عنه قَالَ: «كَانَ النَّاسُ فِي عَهْدِ رَسُولِ اللهِ يَتَبَايَعُونَ الثِّمارَ، فَإِذَا جَدَّ النَّاسُ وَحَضَرَ تَقَاضِيهِمْ، قَالَ المُبْتَاعُ: إِنَّهُ أَصَابَ الثَّمَرَ الدَّمَانُ، أَصَابَهُ مُرَاضٌ، أَصَابَهُ قُشَامٌ، عَاهَاتٌ يَحْتَجُّونَ بِهَا، فقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ ـ لَمَّا كَثُرَتْ عِنْدَهُ الخُصُومَاتُ فِي ذَلِكَ ـ: **«فَإِمَّا لَا، فَلَا تَتَبَايَعُوا حَتَّىٰ يَبْدُوَ صَلَاحُ الثَّمَرِ»**. كَالْمَشُورَةِ يُشِيرُ بِهَا؛ لِكَثْرَةِ خُصُومَتِهِمْ»[(٣)].

قولُه: «**عَاهَاتٌ**»، أي: هي عَاهَاتٌ؛ أي: الدَّمَانُ والمُرَاضُ والقُشَامُ، وهذا

---

(١) أخرجه: مسلم في «صحيحه» في كتاب البيوع/ باب كراء الأرض [رقم/ ١٥٣٦]، وأبو داود في كتاب البيوع/ باب في بيع السنين [رقم/ ٣٣٧٤]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/٢٥]، وغيرهم من طرق: عن سُفْيَان بْن عُيَيْنَةَ، عَنْ حُمَيْدٍ الأَعْرَجِ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ عَتِيقٍ، عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ رضي الله عنه به.

(٢) **قول يونس**: موصول بذيل الحديث عند الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/٢٥].

(٣) أخرجه: البخاري في كتاب البيوع/ باب بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها [رقم/ ٢٠٨١]، وأبو داود في كتاب البيوع/ باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها [رقم/ ٣٣٧٢]، من حديث: زيد بن ثابت رضي الله عنه.

. . . .

وقَع تفسيرًا [٥/٦٨و/م] لهذه الأشياءِ مِن زَيْدِ بن ثَابتٍ.

والدَّمَانُ ـ بفتْحِ الدَّالِ[(١)] ـ: فسادُه وعَفَنُه.

والمُرَاضُ ـ بضمِّ الميمِ[(٢)]، على وَزْنِ: الصُّدَاعِ والسُّعَالِ ـ: اسمٌ لأنواعِ الأمراضِ.

والقُشَامُ ـ بضمِّ القافِ ـ: انتقاصُ الثَّمَرِ قبلَ أنْ يَصِيرَ بَلَحًا.

والعَاهَةُ: الآفَةُ[(٣)].

ثم اعلم: أن بَيْعَ الثَّمَرِ بعدَ الظهورِ لَمَّا جاز؛ وجَبَ على المُشْتَرِي قَطْعُ ذلك للحالِ؛ لأن مِلْكَ البائعِ مشغولٌ بمِلْكِه، فيَجِبُ تفريغُه، كما لوِ اشْتَرَىٰ طعامًا في بيتٍ؛ وجَبَ على المُشْتَرِي نقْلُ الطعامِ عن البيتِ.

ثم جوازُ بَيْعِ الثَّمَرِ فيما إذا اشتراها مطلقًا عن قيْدِ تَرْكِها على النَّخْلِ، أو اشتراها بشَرْطِ القطعِ، أمَّا إذا اشتراها بشَرْطِ التركِ؛ يَكُونُ البَيْعُ فاسدًا بلا خلافٍ بينَ أصحابِنا، سواءٌ بدا صلاحُها، أوْ لَمْ يَبْدُ، ولكنَّ محمدًا قال: إذا اشْتَرَىٰ بشرطِ التركِ بعْدَ تَنَاهِي عِظَمِها جاز، خلافًا لهما، واستحسَنَ محمدٌ لعادةِ الناسِ؛ لأن العادةَ جرَتْ هكذا.

وقال الشَّافِعِيُّ ﵀: إذا بدا صلاحُها جاز البَيْعُ بشرطِ التركِ. كذا في «**شرح الأقطع**»، واعتمادُ الشَّافعيِّ أيضًا على العادةِ ـ كما قال محمدٌ ـ: بعْدَ تَنَاهِي عِظَمِها.

---

(١) وضبطه الْخَطَّابِيُّ: بالضمِّ. وقال القاضي عِيَاضٌ: هما صحيحان، والضم رِوَايَةُ: الْقَابِسِيِّ، والفتح رِوَايَةُ: السَّرَخْسِيِّ. قال: ورواها بعضُهم: بالكسرِ. ينظر: «فتح الباري» لابن حجر [٤/٣٩٥].

(٢) وفي رواية الْكُشْمِيهَنِيِّ وَالنَّسَفِيِّ: «مِرَاضٌ» بكسر الميم. وقال الْخَطَّابِيُّ: بِضَمِّها. ينظر: «فتح الباري» لابن حجر [٤/٣٩٥].

(٣) أي: العَيْبُ، وَالْمُرَادُ بها هنا: مَا يُصِيبُ الثَّمَرَ مِمَّا ذُكِرَ. «فتح الباري» لابن حجر [٤/٣٩٥].

. . . .

وفرَّقَ محمدٌ بينَ التَّناهِي وعدمِه، وقال: إذا لَمْ يَتَنَاهَ عِظَمُها، وشرَطَ التركَ؛ يحْدُثُ في المَبِيعِ[1] أجزاءٌ زائدةٌ، بمعنًى في الأرضِ، أو الشَّجَرِ، فيفْسُدُ العَقْدُ؛ لأنه يَصِيرُ حينئذٍ شارِطًا للجُزءِ المَعْدُومِ، وليس كذلك إذا تَنَاهَىٰ عِظَمُها؛ لأنه لا يحْدُثُ جزءٌ زائدًا.

ولنا: أَنَّ النَّبيَّ ﷺ نهَىٰ عن بَيْعٍ وشَرْطٍ[2]، والمرادُ منه: شرْطٌ لا يَقْتَضيهِ العَقْدُ، وهذا كذلك، فلا يَجُوزُ للنهيِّ، وهذا لأنه يَلْزَمُ[3] منه شُغلُ مِلْكِ الغيرِ، فلا يَقْتَضِيهِ العَقْدُ، فصار كما إذا اشْتَرَىٰ حِنْطَةً بشرطِ أن يتركَها في دارِ البائعِ شهرًا.

أو نقولُ: إذا اشْتَرَىٰ بشرْطِ التركِ؛ يَلْزَمُ صَفْقَةً في صَفْقَةٍ، وقد نهَىٰ رسولُ اللهِ ﷺ عنها[4]، فيَفْسُدُ العَقْدُ للنهْيِّ.

---

(١) وقع بالأصل: «البيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) أخرجه الطبراني في «الأوسط» [٣/رقم/ ٤٣٦١]، وعنه أبو نعيم في «مسند أبي حنيفة» [ص/ ١٦٠]، والحاكم في «معرفة علوم الحديث» [ص/ ١٩٤]، وابن عبد البر في «التمهيد» [٢٢/١٨٥ - ١٨٦]، وغيرهم مِن طريق عَبْد اللهِ بْن أَيُّوب بْنِ زَاذَان الضَّرِير قَالَ: حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ سُلَيْمَانَ الذُّهْلِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا عَبْدُ الْوَارِثِ بْنُ سَعِيدٍ عن أبي حَنِيفَةَ حَدَّثَنِي عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ عَنْ جَدِّهِ به...

قال ابنُ القطان: «وعِلَّتُه ضَعْف أبي حنيفة في الحديث». وقال ابنُ أبي العز: «أمَّا نهْي النبي ﷺ عن بيْعٍ وشَرْطٍ؛ فلَمْ يثبُتْ عند أهل الحديث، وقد أنكره أحمد». ينظر: «بيان الوهم والإيهام» لابن القطان [٣/٥٢٧]، و«التنبيه علىٰ مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٤/٣٨٠].

(٣) وقع بالأصل: «وهذا لا يلزم». والمثبت من: «ن»، و«غ».

(٤) لَمْ نظفر به هكذا، وإنما أخرجه: أحمد في «المسند» [١/٣٩٨]، والبزار في «مسنده» [٥/٣٨٤]، من طريق شَرِيك عَنْ سِمَاكٍ عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: «نَهَىٰ النَّبِيُّ ﷺ عَنْ صَفْقَتَيْنِ فِي صَفْقَةٍ».

قال ابن كثير: «رواهُ أحمدُ، وقدْ اختلَفَ الأئِمّةُ في سماعِ عبدِ الرّحمنِ بنِ عبدِ اللهِ من أبيهِ، فأنكَرهُ شُعْبةُ وغيرُهُ». ينظر: «إرشاد الفقيه إلىٰ معرفة أدلة التنبيه» لابن كثير [٢/١٤]. =

. . . .

وإنما قُلْنَا ذلك: لأن ترْكَ الثَّمرِ لا يَخْلُو عن أحدِ الأمْرَيْن: إمَّا أن يَكُونَ بمقابلتِه بدَلٌ، أوْ لا، والأوَّلُ: إجارةٌ في بَيْعٍ، والثاني: إعارةٌ في بَيْعٍ، فيَلْزَمُ صفقتَيْن في صفقةٍ لا محالةَ، ولأن كلَّ ثَمرةٍ يَجُوزُ بَيْعُها بشرْطِ [٥/٦٨ظ/م] القطعِ؛ لا يَجُوزُ بَيْعُها بشرْطِ التركِ، أصلُه: إذا لَمْ يَبْدُ صلاحُها.

ثم تُفَرَّعُ المسألةُ[1] ـ أعني: مسألةَ القُدُورِيِّ ـ بأنْ يُقَالَ: لو اشتراها مطلقًا وترَكَها، فلا يخلو: إمَّا أنْ يَكُونَ [ذلك][2] قبل تَنَاهِي عِظَمِها، أوْ بعْدَ التَّنَاهِي، فإنْ كان قبلَ التَّنَاهِي؛ ففيه وجهان: إمَّا أنْ يَكُونَ التركُ بإذْنِ البائعِ، أوْ بغيرِ إذْنِه، فإنْ كان بالإذْنِ؛ حَلَّ له الفضْلُ، وإنْ كان بغيرِ إذنِه؛ لا يَطِيبُ له ذلك، ويتصدَّقُ به؛ لأنه حصَل بجهةٍ محظورةٍ، وهي غصْبُ مِلْكِ الغيرِ.

[٢/٦٣ظ] **وإنْ كان بعدَ التَّنَاهِي**: لا يَتَصَدَّقُ بشيءٍ أصلًا، سواءٌ كان التركُ بإذْنِ البائعِ، أوْ بغيرِ إذْنِه؛ لأنه لَمْ يحْصُلِ الازديادُ في عينِ المبيعِ، لا كيلًا، ولا وزْنًا، وإنما تَغيَّر حالُ المَبِيعِ مِن حيثُ النُّضْجُ، وهو معنى قولِه: (**هَذَا تَغَيُّرُ حَالَةٍ، لَا تَحَقُّقُ زِيَادَةٍ**)، ولو اشتراها مطلقًا ثم ترَكَها وقد استأجَر الأَشْجارَ إلى أنْ يُدْرِكَ الثَّمرَ؛ فالإجارةُ باطلةٌ، ويَطِيبُ له الفضلُ.

وأمَّا بطلانُ الإجارةِ: فلأنَّ جوازَ الإجارةِ عُرِفَ بالاستحسانِ؛ لتعامُلِ الناسِ، ولا تعامُلَ للناسِ في استئجارِ الأَشْجَارِ لتَرْكِ الثِّمارِ عليها، فلَمْ تَكُنِ الإجَارَةُ مُنْعَقِدَةً، لا جائزةً ولا فاسدةً.

= **وفي الباب**: عَن أبي هُرَيْرَة ﷺ به. قَالَ: «نهَى رَسُول الله ﷺ عَن بَيْعَتَيْنِ فِي بَيْعَةٍ». أخرجه الترمذي وجماعة. ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٦/٤٩٦].

(١) أشار في حاشية: «ن» إلى أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «ثم يُفَرَّع على المسألة».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

. . . .

وأمَّا طِيبُ الفضْلِ: فلأن التركَ حَصَلَ بإذْنِ المُشْتَرِي. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**».

وهذا بخلافِ ما إذا اشْتَرَىٰ الزَّرْعَ وتركَه علىٰ الأرض، وقد استأجرَ الأرضَ إلىٰ أنْ يُدْرِكَ الزَّرْعَ، حيثُ لا يَطِيبُ له الفضلُ، ويَجِبُ أَجْرُ المِثْلِ، وهذا لأنَّ إجارةَ الأرضِ مُتعارَفٌ، حتَّىٰ إذا بَيَّنَ المُدَّةَ صحَّتْ، فلما لَمْ يُبَيِّنِ المُدَّةَ في مسألتِنا؛ فسدَتْ.

والواجبُ في الإجارةِ الفاسدةِ أَجْرُ المِثْلِ، وإنما لَمْ يَطِبْ له الفضلُ؛ لأن جهالةَ مُدَّةِ الإدراكِ أورَثَتْ[1] خُبثًا، فوجَب التصَدُّقُ [بالفضلِ][2].

والفرقُ بينَ الإذْنِ الثابتِ في ضِمْنِ الإجارةِ الباطلةِ، وبيْنَه في ضِمْنِ الإجارةِ الفاسدةِ: أن الإذنَ في الإجارةِ الباطلةِ صار أصلًا مقصودًا بنفسِه؛ لأن الباطلَ لا وجودَ له، والمَعْدُومُ لا يَصْلُحُ أن يَكُونَ مُتَضَمِّنًا، وليس كذلك الإجارةُ الفاسدةُ؛ لأن الفاسدَ فائتُ الوَصْفِ دونَ الأصلِ، فلَمْ يَكُنْ مَعْدُومًا بأصلِه، فصحَّ أن يَكُونَ مُتَضَمِّنًا، فإذَا فسَدَ المتضَمِّنُ [٥/٦٩و/م] فسَدَ المتضَمَّنُ.

ولوِ اشتراها مطلقًا، وأخرجَتِ الشجرةُ في مُدَّةِ التركِ ثَمرةً أُخرىٰ؛ فالحادِثُ كلُّه للبائعِ، سواءٌ كان التركُ كلُّه بإذْنِ البائعِ، أوْ بغيرِ إذْنِه؛ لأن الحادثَ تولَّد عن مِلْكِ البائعِ، ولَمْ يَرِدْ عليه العَقْدُ، فإنْ حلَّلها البائعُ له جاز.

فإن اختلَط الحادثُ بالموجودِ وَقْتَ العَقْدِ، بحيثُ لا يُمْكِنُ التمييزُ بينَهُما: فإنْ كان ذلك قبْلَ تخْلِيةِ البائعِ بينَ المُشْتَرِي وبينَ الثِّمارِ؛ فسَد العَقْدُ؛ لأن المبيعَ صار مجهولًا، بحيثُ يَتَعَذَّرُ تسليمُه، كما لو تعذَّر بالهلاكِ، وإنْ كان بعدَ التخليةِ؛

(١) وقع بالأصل: «أوجبت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

إِمَّا لِكَوْنِهِ مُنْتَفَعًا بِهِ فِي الْحَالِ أَوْ فِي الثَّانِي، وَقَدْ قِيلَ: لَا يَجُوزُ قَبْلَ أَنْ يَبْدُوَ صَلَاحُهَا، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ.

وَعَلَى الْمُشْتَرِي قَطْعُهَا فِي الْحَالِ تَفْرِيغًا لِمِلْكِ الْبَائِعِ، وَهَذَا إِذَا اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا أَوْ بِشَرْطِ الْقَطْعِ.

وَإِنْ شَرَطَ تَرْكَهَا عَلَى النَّخِيلِ فَسَدَ الْبَيْعُ؛ [٤/و] لِأَنَّهُ شَرْطٌ لَا يَقْتَضِيهِ

غاية البيان

لَمْ يَفْسُدِ العَقْدُ، وكانا شريكَيْن؛ لاختلاطِ مِلْكِهما، والقولُ في الزيادةِ قولُ المُشْتَرِي؛ لأن المبيعَ في يدِه. كذا ذكَر صاحبُ «**التحفة**»[(١)]، وصاحبُ «**الإيضاح**»[(٢)].

وأمَّا ما يُوجدُ مِن الزَّرْعِ بعضُه بعدَ وجودِ بعضٍ: كالباذِنْجانِ والبِطِّيخِ والكُرَّاثِ ونحوِها، قال أصحابُنا: يَجُوزُ بَيْعُ ما ظهَر منها مِن الخارجِ الأوَّلِ، ولا يَجُوزُ بَيْعُ ما لَمْ يَظْهَرْ؛ لأن بَيْعَه مَعْدُومٌ.

وقال مالكٌ: إذا ظهَر الخارجُ الأوَّلُ؛ جاز البَيْعُ في الكُلِّ؛ لأجْلِ الضرورةِ[(٣)].

إلا أنَّا نَقُولُ: لا ضرورةَ، فإنه يُمْكِنُه بَيْعُ الأصلِ بما فيه مِن الثَّمرِ، فيصيرُ الأصلُ مِلْكًا له، فَبَعْدَ ذلك ما تولَّد مِن الأصلِ يحدُثُ على مِلْكِه. كذا في «**التحفة**»[(٤)].

قولُه: (وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ)، أي: جوازُ البَيْعِ.

قولُه: (أَوْ هُوَ صَفْقَةٌ فِي صَفْقَةٍ)، دليلٌ ثانٍ، وبيانُه مَرَّ.

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٥٦].

(٢) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/ ٥٦]

(٣) مذهب مالك: هو جواز بَيْعِ كل ما كان مُغَيَّبَ الأصل لكنْ بشرْط قلْعِ بَعْضه ورُؤْيته. وقيل: لا يباع إلا المقلوع، وقيل: تكفِي رؤيةُ ما ظهَر منه. ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٢/٦٨٠]. و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٥/١٩٣]. و«منح الجليل» لعُلَيْش [٥/٣١١].

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٥٧].

الْعَقْدُ وَهُوَ شَغْلُ مِلْكِ الْغَيْرِ أَوْ هُوَ صَفْقَةٌ فِي صَفْقَةٍ وَهُوَ إِعَارَةٌ أَوْ إِجَارَةٌ فِي بَيْعٍ، وَكَذَا بَيْعُ الزَّرْعِ بِشَرْطِ التَّرْكِ لِمَا قُلْنَا، وَكَذَا إِذَا تَنَاهَىٰ عِظَمُهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وأَبِي يُوسُفَ لِمَا قُلْنَا، وَاسْتَحْسَنَهُ مُحَمَّدٌ لِلْعَادَةِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يَتَنَاهَ عِظَمُهَا؛ لِأَنَّهُ شَرَطَ فِيهِ الْجُزْءَ الْمَعْدُومَ وَهُوَ الَّذِي يَزِيدُ بِمَعْنَىٰ مِنَ الْأَرْضِ وَالشَّجَرِ.

وَلَوِ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا وَتَرَكَهَا بِإِذْنِ الْبَائِعِ طَابَ لَهُ، وَإِنْ تَرَكَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ تَصَدَّقَ بِمَا زَادَ فِي ذَاتِهِ لِحُصُولِهِ بِجِهَةٍ مَحْظُورَةٍ، وَإِنْ تَرَكَهَا بَعْدَ مَا تَنَاهَىٰ عِظَمُهَا لَمْ يَتَصَدَّقْ بِشَيْءٍ. لِأَنَّ هَذَا تَغَيُّرُ حَالَةٍ، لَا تَحَقُّقُ زِيَادَةٍ، وَإِنْ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا

غاية البيان

قولُه: (وَكَذَا إِذَا تَنَاهَىٰ عِظَمُهَا)، أي: عِظَمُ الثِّمار.

[أي][1]: يَفْسُدُ البَيْعُ إذا اشتراها (بِشَرْطِ التَّرْكِ) إذا تَنَاهَي[2] عِظَمُ الثِّمارِ أيضًا (عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ). (لِمَا قُلْنَا)، أي: لأنه شرْطٌ لا يقتَضِيه العَقْدُ.

قولُه: (لِلْعَادَةِ)، أي: لعُرْفِ الناسِ.

[قولُه][3]: (وَلَوِ اشْتَرَاهَا [٢/٦٤و] مُطْلَقًا)، أي: عن شَرْطِ التركِ، وترَكَها بإذْنِ البائعِ (طَابَ لَهُ)، أي: الفضلُ، هذا إذا لَمْ يَتَنَاهَ عِظَمُها؛ بدلالةِ قولِه بعدَ ذلك: (وَإِنْ تَرَكَهَا بَعْدَمَا تَنَاهَىٰ عِظَمُهَا).

قولُه: (يَتصَدَّقَ بِمَا زَادَ فِي ذَاتِهِ[4])، أي: يَقُومُ قبلَ الإدراكِ وبعْدَه، ويَتَصَدَّقُ بما زاد مِن القيمةِ إلىٰ وَقْتِ الإدراكِ.

قولُه: (لِأَنَّ هَذَا تَغَيُّرُ حَالَةٍ، لَا تَحَقُّقُ زِيَادَةٍ)، أي: تغَيُّرُ حالةٍ [٥/٦٩ظ/م] في

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن».
(٢) وقع بالأصل: «أي: إذا تَنَاهَي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».
(٤) وقع بالأصل: «فِي رواية». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَتَرَكَهَا عَلَى النَّخِيلِ، وَقَدِ اسْتَأْجَرَ النَّخِيلَ إِلَى وَقْتِ الْإِدْرَاكِ طَابَ لَهُ الْفَضْلُ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ بَاطِلَةٌ لِعَدَمِ التَّعَارُفِ وَالْحَاجَةِ فَبَقِيَ الْإِذْنُ مُعْتَبَرًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَى الزَّرْعَ وَاسْتَأْجَرَ الْأَرْضَ إِلَى أَنْ يُدْرِكَ وَتَرَكَهُ حَيْثُ لَا يَطِيبُ لَهُ الْفَضْلُ؛ لِأَنَّ الْإِجَارَةَ فَاسِدَةٌ لِلْجَهَالَةِ فَأَوْرَثَتْ خُبْثًا، وَلَوِ اشْتَرَاهَا مُطْلَقًا فَأَثْمَرَتْ ثَمَرًا آخَرَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَسَدَ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ تَسْلِيمُ الْمَبِيعِ لِتَعَذُّرِ التَّمْيِيزِ. وَلَوْ أَثْمَرَتْ بَعْدَ الْقَبْضِ يَشْتَرِكَانِ فِيهِ لِلِاخْتِلَاطِ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِي مِقْدَارِهِ؛ لِأَنَّهُ فِي يَدِهِ، وَكَذَا فِي الْبَاذِنْجَانِ وَالْبِطِّيخِ، وَالْمَخْلَصُ أَنْ يَشْتَرِيَ الْأُصُولَ لِيَحْصُلَ الزِّيَادَةَ عَلَى مِلْكِهِ.

قَالَ: وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً وَيَسْتَثْنِيَ مِنْهَا أَرْطَالًا مَعْلُومَةً؛ خِلَافًا لِمَالِكٍ؛ لِأَنَّ الْبَاقِي بَعْدَ الِاسْتِثْنَاءِ مَجْهُولٌ. بِخِلَافِ مَا إِذَا بَاعَ وَاسْتَثْنَى نَخْلًا مُعَيَّنًا؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ مَعْلُومٌ بِالْمُشَاهَدَةِ.

غاية البيان

الثِّمارِ بالنُّضْجِ، لا تحقُّقُ زيادةٍ في عيْنِها؛ لأن كلامَنا في تَرْكِها بعدَ التَّناهِي.

قولُه: (لِعَدَمِ التَّعَارُفِ)، أي: ليس العُرْفُ بجارٍ في استئجارِ الأَشْجارِ لتَرْكِ الثمارِ.

قولُه: (وَالْحَاجَةِ) بالجرِّ؛ أي: ولعدمِ الحاجةِ. يعني: لعدمِ الضرورةِ إلى استئجارِ الأَشْجَارِ لتَرْكِ الثِّمارِ؛ لأنه يُمْكِنُ اشتراءُ الثِّمارِ معَ الأصولِ.

قولُه: (وَالْمَخْلَصُ)، أي: مِن فسادِ البَيْعِ، وقد مَرَّ بيانُه.

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَ ثَمَرَةً وَيَسْتَثْنِيَ مِنْهَا أَرْطَالًا مَعْلُومَةً)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[1].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٧٩].

قَالَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: وَهَذَا رِوَايَةُ الْحَسَنِ وَهُوَ قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ؛ أَمَّا عَلَىٰ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ مَا يَجُوزُ إِيرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ بِانْفِرَادِهِ يَجُوزُ

غاية البيان

وقال في «شرح الأقطع»: «وقال مالكٌ: يَجُوزُ»[1] ثم قال[2] في بيانِ دليلِنا: «لأنه إذا استثنَىٰ قدْرًا معلومًا؛ كان الباقي مجهولًا، وجهالةُ المعقودِ عليه تُفسِدُ العَقْدَ، ولا يُشْبِه هذا[3] إذا استثنَىٰ نخلةً بعَيْنِها؛ لأن الباقيَ معلومٌ بالمشاهدَةِ فصحَّ». إلىٰ هنا لفْظُ روايةِ: «شرح الأقطع»[4].

وأثبَتَ روايةَ القُدُورِيِّ كما هي وحَقَّقها، ولَمْ يتعرَّضْ لكونِها علىٰ خلافِ ظاهرِ الروايةِ، وكذلك ذكَر صاحبُ «النافع»: روايةَ القُدُورِيِّ بعَيْنِها، ولَمْ يذْكرْ شيئًا آخرَ.

والطَّحَاوِيُّ: أطلقَ ذِكْر المسألةِ في «مختصره»، ولَمْ ينْسُبْها إلىٰ نفْسِه، حيثُ قال في [بابِ][5] بَيْعِ أصولِ النَّخْلِ والشَّجَرِ والثِّمارِ: «ولا يَجُوزُ بَيْعُ الثَّمرةِ إلا صاعًا منها»[6].

ولكن قال صاحبُ «الهداية»: (**وَهَذَا رِوَايَةُ الْحَسَنِ، وَهُوَ قَوْلُ الطَّحَاوِيِّ**). ثم قال: (**أَمَّا عَلَىٰ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ: يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ مَا يَجُوزُ إِيرَادُ الْعَقْدِ عَلَيْهِ بِانْفِرَادِهِ؛ يَجُوزُ اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ الْعَقْدِ، وَبَيْعُ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ جَائِزٌ، فَكَذَا**

---

(١) واشترَطَ مالكٌ ألَّا يزيد المستثْنَىٰ من الثمرعلىٰ الثلث. ينظر: «المدونة» [٣/٣١٧ - ٣١٨]. و«أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك» للكشناوي [٢/٣٠٣]. و«إرْشَادُ السَّالِك إلىٰ أَشرَفِ المَسَالِكِ فِي فقهِ الإمَامِ مَالِك» بن عسكر البغدادي [ص/ ٨٤].

(٢) يعني: الأقْطَع في «شَرْحه».

(٣) أشار في حاشية: «ن» إلىٰ أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «ولا يُشْبِه هذا ما».

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدور» للأقطع [ق/ ٢٢٣].

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٦) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ٧٨].

اسْتِثْنَاؤُهُ مِنَ الْعَقْدِ، وَبَيْعُ قَفِيزٍ مِنْ صُبْرَةٍ جَائِزٌ فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهُ، بِخِلَافِ اسْتِثْنَاءِ الْحَمْلِ وَأَطْرَافِ الْحَيَوَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهُ.

غاية البيان

اسْتِثْنَاؤُهُ، بِخِلَافِ اسْتِثْنَاءِ الْحَمْلِ وَأَطْرَافِ الْحَيَوَانِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ، فَكَذَا اسْتِثْنَاؤُهُ).

والتقريبُ بأنْ يُقَالَ: يَصِحُّ إيرادُ العَقْدِ على أَرْطَالٍ معلومةٍ، فكذا يَصِحُّ استثناؤُها.

وإنما قال: (أَمَّا عَلَىٰ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ: يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ). أي: على قياسِ ظاهرِ الروايةِ؛ لأن حُكْمَ هذه المسألةِ لَمْ يُذْكَرْ في ظاهرِ الروايةِ صريحًا، فلأجْلِ هذا قال: (**يَنْبَغِي أَنْ يَجُوزَ**). قياسًا على الأصلِ الذي ذُكِر في ظاهرِ الروايةِ، وهو أَنَّ بَيْعَ قَفِيزٍ مِن حِنْطَةٍ جائزٌ، فكذا استثناؤُه، وبَيْعُ الحَمْلِ لا يَجُوزُ، فكذا لا [٥/٧٠و/م] يَجُوزُ استثناؤُه.

وقال في «الإيضاح»: «فلو باع الجملةَ واستثنَىٰ شيئًا، فاستثناءُ ما جاز إفرادُه بالعقدِ جائزٌ، كما لو استَثْنَىٰ جُزءًا مُشاعًا، وما لا يَجُوزُ إفرادُه بالعقدِ لا يَجُوزُ استثناؤُه مِن العَقْدِ، كعضْوِ الشاةِ؛ وما أشبَه ذلك؛ لأن الاستثناءَ: استخراجٌ مِن الكلامِ في حقِّ الحُكْمِ، فَجاز في محلٍّ يُمْكِنُ إثباتُ الحُكْمِ فيه مقصودًا». إلى هنا لَفْظُ صاحبِ «**الإيضاح**»[1].

فأقولُ: لقائلٍ أن يَقُولَ: سَلَّمْنا أن إيرادَ العَقْدِ على الْأَرْطَالِ المعلومةِ جائزٌ، واستثناؤُه جائزٌ أيضًا؛ لكن لَا نُسَلِّمُ جوازَ بَيْعِ الباقي، وهو مجهولٌ مِن صحَّةِ الاستثناءِ.

فَإِنْ قُلْتَ: الجهالةُ إنما تَكُونُ مُفْسِدةً للبَيْعِ إذا كانت مُفْضِيَةً إلى النزاعِ،

(١) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/ ٥٤].

وَيَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا، وَالْبَاقِلَاءِ فِي قِشْرِهِ وَكَذَا الْأُرْزُ وَالسِّمْسِمُ. وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ بَيْعُ الْبَاقِلَّاءِ الْأَخْضَرِ، وَكَذَا الْجَوْزُ وَاللَّوْزُ وَالْفُسْتُقُ فِي قِشْرِهِ. وَلَهُ فِي بَيْعِ السُّنْبُلَةِ قَوْلَانِ، وعِنْدَنَا يَجُوزُ ذَلِكَ كُلُّهُ. لَهُ أَنَّ الْمَعْقُودَ عَلَيْهِ مَسْتُورٌ بِمَا لَا مَنْفَعَةَ لَهُ فِيهِ، فَأَشْبَهَ تُرَابَ الصَّاغَةِ إِذَا بِيعَ بِجِنْسِهِ.

غاية البيان

والعاقِدانِ تراضَيا على القَدْرِ الباقي، فلا نزاعَ.

قُلْتُ [٢/٦٤ظ]: كأنَّ صاحبَ «**النافع**» توهَّم هذا السؤالَ، فقال: فلعلَّ المَبِيعَ ليس إلا هذه الأَرْطَالَ، فإذا كان كذلك؛ يَخْلُو العَقْدُ عن الفائدةِ، فلا يَصِحُّ.

أوْ نَقُولُ[١]: الجهالةُ المُفْضِيَةُ إلى النزاعِ باقيةٌ بعدَ اتِّفاقِهما على قَدْرِ الْأَرْطَالِ الباقيةِ؛ لأنه يَجُوزُ أن يَدَّعِيَ المُشْتَرِي جَوْدَتَها، والبَائِعُ رَدَاءَتَها، فافهم.

وإنما قال القُدُورِيُّ: «تَمْرَة»[٢]، بتاءِ الوَحْدَةِ، إشارةٌ إلى نوعٍ مِن أنواعِ التَّمْرِ، كالعنَبِ والرُّطْبِ مثلًا، ولَمْ يُرِدْ بها التمرةَ الواحدةَ، فلو كانت هي المرادةَ؛ لَمْ يصحَّ استثناءُ الْأَرْطَالِ منها. هذا ما بدَا لخاطِري في هذا المقامِ.

قولُه: (وَيَجُوزُ بَيْعُ الْحِنْطَةِ فِي سُنْبُلِهَا، وَالْبَاقِلَاءِ فِي قِشْرِهِ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[٣].

وقال الشَّافعيُّ: لا يَجُوزُ بَيْعُ الباقِلَاءِ في القِشْرِ الأوَّلِ، وكذلك لا يَجُوزُ عندَه بَيْعُ الجَوْزِ واللَّوْزِ والفُسْتُقِ في القِشْرِ الأعلى[٤].

---

(١) وقع بالأصل: «أن نقول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) في المطبوع من «مختصر القُدُورِيِّ»: «ثمرة». بالثاء المثلثة، وكذا هو في جملة مِن نُسَخه وشروحه المطبوعة والمخطوطة! ولكن وقَع «تَمْرَة» بتاء الوحدة: في بعض النُّسَخ الخطِّية الجيدة مِن: «مختصر القُدُورِيّ» [ق ٥٨/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي محمد عاصم بك ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٠)].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٧٩].

(٤) **وفي قولٍ:** يجوز في القشْر الأعلى ما دام رطبًا، وبيْعُ الباقِلَاء في القشر الأعلى فيه هذا الخلاف.=

وَلَنَا: مَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّىٰ يَزْهَىٰ، وَعَنْ بَيْعِ السُّنْبُلِ حَتَّىٰ [٤/ظ] يَبْيَضَّ وَيَأْمَنَ الْعَاهَةَ؛ وَلِأَنَّهُ حَبٌّ مُنْتَفَعٌ بِهِ فَيَجُوزُ بَيْعُهُ

وقال في أحدِ قولَيْهِ: بَيْعُ الحِنْطَةِ في سُنْبُلِهَا لا يَجُوزُ[١]، وكذلك الأُرْزُ[٢] والسِّمْسِمُ في كُمِّهِ، ويَجُوزُ بَيْعُ الشَّعيرِ والذُّرَةِ في سُنْبُلِه بالاتِّفاقِ.

له: أن المقصودَ ـ وهو المبيعُ ـ مستورٌ بما لا منفعةَ [له][٣] فيه، فلا يَجُوزُ بَيْعُه، كما[٤] في ترابِ الصَّاغةِ إذا بِيعَ بجنسِه، والجامعُ: استتارُه بما لا منفعةَ له فيه.

ولنا: ما رَوَىٰ أبو داودَ في «**السنن**»: بإسنادِه إلىٰ نافعٍ، عَنِ ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنهما: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّىٰ يَزْهُوَ[٥]، وَعَنِ [بَيْعِ][٦] السُّنْبُلِ حَتَّىٰ يَبْيَضَّ[٧]، وَيَأْمَنَ الْعَاهَةَ. نَهَىٰ الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِيَ»[٨].

= ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٥٦٠/٣]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [٢٠٧/٤]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٣٥٣/٤].

(١) وهذا هو الصحيح في المذهب. ينظر: «المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [١٦/٢]. و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [١٨٦/٣].

(٢) **في الأُرْز طريقان:** والمذهب: أنه كالشعير، فيصح بيْعُه في سنبله. وقيل: هو كالحنطة لا يجوز. ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٥٦١/٣]. و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [١٨٥/٣].

(٣) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«غ».

(٤) وقع بالأصل: «يجوز بَيْعُه فيه، كما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٥) **يُقَال:** زَهَا النَّخل يَزْهُو؛ إذا ظَهَرَتْ ثَمَرتُه. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٣٢٣/٢/مادة: زهو].

(٦) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن».

(٧) **معناه:** يشْتَدُّ حَبُّه، وهو بُدُوُّ صلاحه. ينظر: «شرح مسلم» للنووي [١٧٩/١٠].

(٨) أخرجه: مسلم في «صحيحه» في كتاب البيوع/ باب النهي عن بيع الثمار قبل بُدُوِّ صلاحها بغير شرط القطع [رقم/ ١٥٣٥]، وأحمد في «مسنده» [٥/٢]، وأبو داود في كتاب البيوع/ باب في بيع الثمار قبل أن يبدو صلاحها [رقم/ ٣٣٦٨]، والترمذي في كتاب البيوع/ باب ما جاء كراهية بيع الثمرة حتىٰ يبدو صلاحها [رقم/ ١٢٢٦]، والنسائي في «سننه» في/ [رقم/]، والنسائي=

فِي سُنْبُلِهِ كَالشَّعِيرِ وَالْجَامِعِ ؛ كَوْنِهِ مَالًا مُنْتَفَعًا[1] ، بِخِلَافِ تُرَابِ الصَّاغَةِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِجِنْسِهِ ؛ لِاحْتِمَالِ الرِّبَا ، حَتَّىٰ لَوْ بَاعَهُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ جَازَ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا لَوْ بَاعَهُ بِجِنْسِهِ لَا يَجُوزُ أَيْضًا لِشُبْهَةِ الرِّبَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدْرِي قَدْرَ مَا فِي السَّنَابِلِ .

غاية البيان

بيانُه: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ أجاز البَيْعَ بعدَ ابيضاضِ [٥/٧٠ظ/م] السُّنْبُلِ ؛ لأن حُكْمَ ما بعدَ الغايةِ خلافُ ما قبْلَها ، فكان الخصْمُ محجوجًا بالحديثِ ، ولأنه مالٌ معلومٌ مُتَقَوَّمٌ مقدورُ التَّسْليم ، فيَجُوزُ بَيْعُه كَالشَّعيرِ في سُنْبُلِه ، ولَا نُسَلِّمُ أنه مستورٌ بما لا منفعةَ فيه ، ألا تَرَىٰ أن الباقِلَاءَ لا تَبْقَىٰ رطوبتُه إلا بالقشْرِ الأعلىٰ ، فإذا زال ذلك القشْرُ يَفْسُدُ ، وكذلك الجَوْزُ الأخضرُ ، واللَّوْزُ الأخضرُ إذا زال القشْرُ يَفْسُدُ بطُولِ الزمانِ ، فكان إذَنْ في القشْرِ منفعةٌ ، فتبَيَّن ضعْفُ ما قال .

وأَمَّا ترابُ الصَّاغةِ: فإنما لَمْ يَجُزْ بَيْعُه إذا بِيعَ بجنسِه ؛ لاحتمالِ الرِّبا ، [لا][2] لاستتارِه بما لا منفعةَ [له][3] فيه ، حتَّىٰ إذا بِيعَ بخلافِ جنسِه ؛ جاز ؛ لعدمِ ذلك الاحتمالِ ، وكذلك نقولُ في موضعِ النزاعِ - إذا بِيعَ بالجنسِ -: لا يَجُوزُ حتَّىٰ إذا باع الحِنْطَةَ في السُّنْبُلِ بِالحِنْطَةِ ؛ لَمْ يَجُزْ ؛ لاحتمالِ الرِّبا .

قال محمدٌ في «الأصل»: «فإذا كان ترابُ ذهبٍ بترابِ فضَّةٍ ؛ فهو جائزٌ ، وكلُّ واحدٍ منهما بِالخِيارِ إذا رأىٰ ما فيه»[4] .

= في «سننه» في كتاب البيوع/ باب بيع السُّنْبُل حتىٰ يبيض [رقم/ ٤٥٥١] ، وغيرهم من حديث: ابن عمر رضي الله عنه . وهذا لفظ أبي داود . وهو عند الترمذي مختصرًا علىٰ قوله: «نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ النَّخْلِ حَتَّىٰ يَزْهُوَ» .

(١) في حاشية الأَصْل: «خ: متقوما» .

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«غ» .

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ» .

(٤) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٣/٤٣/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية] .

وَمَنْ باعَ دارًا؛ دَخلَ فِي الْبَيْع مَفاتِيحُ أَغْلاقِها؛ لِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِيهِ الْإِغْلاقُ؛

ثم اعلم: أن بَيْعَ ترابِ الصَّاغةِ بخلافِ الجنسِ إنما يَجُوزُ إذا وُجِدَ فيه الذهبُ أو الفضةُ، وإذا لَمْ يُوجَدْ فلا، أَلَا تَرىٰ إلىٰ ما ذَكَر في «**الفتاوي الوَلْوَالِجِيِّ**» بقولِه: «[رَجُلٌ][1] اشْتَرَىٰ ترابَ الصَّوَّاغِينَ بعَرْضٍ، فهذا علىٰ وجهَيْن: إنْ وَجدَ فيه ذهبًا أوْ فضةً؛ جاز البَيْعُ؛ لأنه تبيَّنَ أنه اشْتَرَىٰ الذهبَ والفضةَ بالعُروضِ، وإنْ لَمْ يَجِدْ فيها ذهبًا أو فضَّةً؛ لا يَجُوزُ؛ لأنه تبيَّنَ أنه اشْتَرَىٰ الذهبَ والفضَّةَ، وليس ثَمَّةَ ذهبٌ ولا فضَّةٌ»[2].

قال أبو عُبيدٍ في كتابِ «غريب الحديث»: «قال أبو زَيْدٍ والكِسائيُّ: زَهَا يَزْهُو، وأَزْهَىٰ يُزْهِي بمعنًىٰ؛ أي: احمرَّ الثَّمرُ أوِ اصفَرَّ».

ثم قال أبو عُبيدٍ: «أنكَر الأَصْمَعِيُّ: أَزْهَىٰ»[3]. ونقَل الزَّمَخْشَرِيُّ في «**فائقه**» عن كتابِ «**العين**»[4]: «يَزْهُو: خطأٌ، إنما هو يُزْهِي»[5].

قولُه: (وَمَنْ باعَ دارًا؛ دَخلَ مَفاتِيحُ أَغْلاقِها)، هذا لفظ القُدُورِيِّ[6].

وهذا لأن الغلَقَ يَدْخُلُ في بَيْعِ الدَّارِ، أو الحَانُوتِ [٢/٦٥و]؛ لأنه مُركَّبٌ فيها للبقاءِ، والمِفْتَاحُ يَدْخُلُ في بَيْعِ الغَلَقِ؛ لأنه لا يُنْتَفَعُ به بلا مِفْتَاحٍ، فلا جَرَم يَدْخُلُ المِفْتَاحُ في بَيْعِ الدَّارِ.

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة».

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [١٣٧/٣].

(٣) لَمْ نظفر بهذا النقل والذي قبْله في مظانه مِن: «غريب الحديث» لأبي عبيد! والذي وجدناه هو تفسير الزهو وحده بمثل ما نقله المؤلف. ينظر: «غريب الحديث» لأبي عبيد [٢٣٣/١].

(٤) ينظر: «كتاب العين» للخليل بن أحمد الفراهيدي [٧٤/٤].

(٥) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزَّمَخْشَرِيّ [١٣٧/٢].

(٦) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٧٩].

لأَنَّهَا مُرَكَّبَةٌ فِيهَا لِلْبَقَاءِ، وَالْمِفْتَاحُ يَدْخُلُ فِي بَيْعِ الْغَلْقِ مِنْ غَيْرِ تَسْمِيَةٍ؛

غاية البيان

وقال في «الفتاوى الصغرى»: «وفي المِفْتَاح: القياسُ ألَّا يَدْخُلَ، وفي الاستحسانِ: يدخُلُ، ونقَلَه عن بابِ الشُّفْعَةِ في الأرضِينَ والأنهارِ، مِن نسخةِ خُوَاهَر زَادَه»، ثم قال: «والسُّلَّمُ إذا كان غيرَ مُتَّصلٍ لا يَدْخُلُ».

وقال ظَهِيرُ الدينِ إسحاقُ الوَلْوَالِجِيُّ في «فتاواه»: «إذا باع بيتًا [٥/٧١و/م] وعليه قُفْلٌ؛ لا يَدْخُلُ القُفْلُ في البَيْعِ؛ لأن القُفْلَ لَمْ يَلْحَقْ بالبابِ ليدخُلَ تحتَ البَيْعِ، بخلافِ المِفْتَاحِ، ولو باع حمَّامًا لا تَدْخُلُ القِصَاعُ تحتَ البَيْعِ، سواءٌ باعَ بمَرَافِقِه، أوْ لا بمَرافِقِه؛ لأنه مُتبايِنٌ عن الحَمَّامِ، وفي كونِها مِن مَرافِقِ الحَمَّامِ احتمالٌ»[1].

ونقَل في «خلاصة الفتاوى»: وقال في «الفتاوى»: «رَجُلٌ باع حَانُوتًا؛ دَخل أَلْوَاحُ الحانُوتِ في العَقْدِ، سواءٌ باع الحانُوتَ بمرافقِها، أوْ لا، هو المختارُ[2]».

ثم قال: هكذا قال في بابِ النونِ[3]»، ثم قال: «وفي بابِ العينِ: الأَلْوَاحُ والأَقْفَالُ للبائعِ، بخلافِ المِفْتَاحِ».

ثم قال في «الخلاصة»: «إذا باع دارًا وفيها بِئْرٌ، وعليها بكَرَةٌ[4]، وعلى البَكَرَةِ دَلْوٌ وحَبْلٌ: إنْ باعَها بمرافِقِها؛ يَدْخُلانِ في البَيْعِ، وإن لَمْ يَذْكُرِ المَرافِقَ؛ لا

(١) ينظر: «الفتاوى الوَلْوَالِجيَّة» [٣/١٩١].

(٢) زاد في «غ»: «في العَقْد». وليسَتْ هذه الزيادة مُثْبَتة في: «خلاصة الفتاوى» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق٢١٨/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٣) يعني: هكذا قال الصدرُ الشهيد في باب النون مِن كتابه: «الفتاوى الكبرى= الواقعات» [ق٢٢٣/ب ـ أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)].

(٤) البَكَرَةُ: اسم للتي يُستَقَى عليها، وهي خشبة مُستديرة في وسطها محَزٌّ للحَبْل، وفي جوْفها مِحْور تدُور عليه، يُسْتَقَى عليها. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٦/١٠٩/مادة: بكر].

لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ بَعْضٍ مِنْهُ إِذْ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ بِدُونِهِ.

يَدْخُلانِ. (يعني: الدَّلْوَ والحَبْلَ)[1]، وأمَّا البَكَرَةُ: فتَدْخُلُ في الوجهَيْن».

ثم قال فيها: «وكِيرُ الحَدَّادِ[2] يَدْخُلُ في البَيْعِ، وكِيرُ الصَّائغِ[3] لا، وزِقُّ الحَدَّادِ[4] الذي يَنْفُخُ فيه للبائعِ، وجِذْعُ القَصَّارِ الذي يَدُقُّ عليه؛ لا يَدْخُلُ في البَيْعِ وإنْ ذكرَ بمَرافِقِه». وكتَبْنا هذه المسائلَ تكثيرًا للفائدةِ.

وَالْأَغْلَاقُ: جمْعُ غَلَقٍ بالتحريكِ، وهو ما يُغْلَقُ وَيُفْتَحُ بِالْمِفْتَاحِ.

قولُه: (لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ بَعْضٍ مِنْهُ)، أي: لأن المِفْتَاحَ بمنزلةِ بعضٍ مِن الغَلَقِ.

قولُه: (إِذْ لَا يُنْتَفَعُ بِهِ بِدُونِهِ)، أي: بالغَلَقِ بدونِ المِفْتَاحِ.

فَإِنْ قُلْتَ: يَرِدُ على هذا التعليلِ: الطريقُ، حيثُ لا يَدْخُلُ في بَيْعِ الدَّارِ مع أن الدَّارَ لا يُنْتَفَعُ به إلا بها.

قُلْتُ: إنما لا يَدْخُلُ الطريقُ؛ لأن المقصودَ مِن شِرَاءِ الدَّارِ، ربما يَكُونُ نَفْسُ المِلْكِ، لا الانتفاعُ بها، بأنْ يَكُونَ مرادُ المُشْتَرِي مِن شرائِها أخْذُ دارٍ بجَنْبِها بسبيلِ الشُّفْعَةِ، حتَّى إذا كان المقصودُ: الانتفاعَ؛ يَدْخُلُ الطريقُ أيضًا، كما في الإجارةِ، والقِسْمَةِ، والصَّدَقَةِ المَوْقُوفَةِ.

---

(١) هذا مِن تفسير المؤلف. كما يظهر مِن: «خلاصة الفتاوى» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق٢١٨/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٢) **كِيرُ الحَدَّاد:** هو جهاز مِن جِلْدٍ أوْ نحوه يستخدمه الحَدَّادُ وغيرُه للنفْخ في النار لإذكائها، وجمْعُه: أكْيَارٌ، وكِيَرَة. ينظر: «المعجم الوسيط» [٢/٨٠٤].

(٣) وقع في «غ»: «وكِير الصبَّاغ». وما في المتن هو المثبت في: «خلاصة الفتاوى» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق٢١٩/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٤) **زِقُّ الحَدَّاد:** هو الذي يَنْفُخُ به، ويكون من جِلْدٍ غَلِيظٍ، ويقال له أيضًا: كِيرُ الحَدَّاد. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [٢/٥٤٥/مادة: كير].

وَأُجْرَةُ الْكَيَّالِ، وَنَاقِدِ الثَّمَنِ عَلَى البائع أَمَّا الْكَيْلُ فَلَا بُدَّ مِنْهُ لِلتَّسْلِيم وَهُوَ عَلَى الْبَائِعِ، وَمَعْنَى هَذَا إِذَا بِيعَ مُكَايَلَةً، وَكَذَا أُجْرَةُ الْوَزَّانِ وَالزَّرَّاعِ وَالْعَدَّادِ،

غاية البيان

قولُه: (وَأُجْرَةُ الْكَيَّالِ، وَنَاقِدِ الثَّمَنِ عَلَى البائعِ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**».

وتمامُه فيه: «وأُجْرةُ وَزَّانِ الثَّمَنِ على المُشْتَرِي»(١). وإنما يَلْزَمُ أُجْرَةُ الكَيَّالِ على البائعِ؛ لأن إيفاءَ المَبِيعِ لازِمٌ عليه، والإيفاءُ لا يَتَحَقَّقُ إلا بِالكَيْلِ إذا بِيعَ مُكَايَلَةً، وكذلك أُجْرَةُ وَزَّانِ المَبِيعِ إذا بِيعَ بشرْطِ الوزْنِ على البَائعِ، وكذا أُجْرَةُ العَدَّادِ [٥/٧١ظ/م] والذَّرَّاعِ إذا بِيعَ بشرْطِ العَدِّ والذَّرْعِ؛ لأن تحَقُّقَ الإيفاءِ بذلك.

وأَمَّا أُجْرَةُ ناقدِ الثَّمَنِ: فالمذكورُ في «**المختصر**»: روايةُ «**نوادرِ ابنِ رُسْتُمَ**» عن محمدٍ.

وجهُ ذلك: أن النقدَ يَكُونُ بعدَ الوزنِ والتَّسْلِيمِ، فالذي يَحْتَاجُ إلى النقدِ بعدَ التَّسْلِيمِ: هو البائعُ؛ لأنه يَحْتَاجُ إلى تمْيِيزِ حقِّه مِن الجَيِّدِ مِن غيرِ حقِّهِ مِن الرَّدِيءِ؛ كَيْ يَأْخُذَ الجَيِّدَ لا الرَّدِيءَ، أو البائعُ يَحْتَاجُ إلى النقدِ؛ لأنه يَرُدُّه إذا وجَدَه مَعِيبًا.

وفي روايةِ ابنِ سَماعةَ عن محمَّدٍ: أُجْرَةُ النقَّادِ على المُشْتَرِي؛ لأنه هو المحتاجُ إلى تسليمِ الجَيِّدِ؛ لأَنَّ حقَّ البائعَ [٢/٦٥ظ] في القَدْرِ والجَوْدةِ جميعًا، وإيفاءُ القَدْرِ والجَوْدةِ على المُشْتَرِي، فكما أن الوزنَ لإيفاءِ القَدْرِ، فكذلك النقدُ لإيفاءِ الجَوْدةِ، فتَجِبُ أُجْرَةُ النقَّادِ على المُشْتَرِي، كما تَجِبُ أُجْرَةُ الوَزَّانِ عليه؛ لأن الإيفاءَ عليه.

وقال الفقيهُ أبو الليثِ في «العيون»: «أُجْرَةُ وَزَّانِ الثَّمَنِ والناقِدِ: على

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٧٩].

وَأَمَّا النَّقْدُ فَالْمَذْكُورُ رِوَايَةُ ابْنِ رُسْتُمَ عَنْ مُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّ النَّقْدَ يَكُونُ بَعْدَ التَّسْلِيمِ ؛

المُشْتَرِي ؛ لأن عليه أنْ يُوفيَهُ الوزْنَ»[١].

وقال في «**الفتاوى الصغرى**»: «اختلَف المشايخُ في أُجْرَةِ الناقدِ: قال بعضُهم: على البائع، وقال بعضُهم: على المُشْتَرِي»، ثم قال: «وبه أفتى في آخرِ بيوعِ «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»..».

ثم قال: «وذَكَر القُدُورِيُّ: أنها على المُشْتَرِي، إلا إذا قبَضَ البائعُ[٢] الثَّمَنَ، ثم جاء يَرُدُّه بعَيْبِ الزِّيافَةِ[٣]».

ثم قال: «واختار في «**الواقعات**»: أنها على المُشْتَرِي».

وقال في «**خلاصة الفتاوى**»: «والصحيحُ: أنها على المُشْتَرِي».

وقال في «**الخلاصة**» أيضًا: «وفي بابِ العينِ: لوِ اشْتَرَى حِنْطَةً مُكَايلةً؛ فَالكَيْلُ على البائعِ، وصَبُّها في وعاءِ المُشْتَرِي على البائعِ أيضًا، هو المختارُ».

ثم قال فيها: «وفي «**المنتقى**»: إخراجُ الطعامِ مِن السُّفُنِ على المُشْتَرِي».

ثم قال في «**الخلاصة**» **أيضًا**: «ولوِ اشْتَرَى حِنْطَةً في سُنْبُلِها فعلى البائعِ تحصيلُها بالدَّوْسِ[٤] والتَّذْرِيةِ[٥]، ودَفْعُها إلى المُشْتَرِي. ثم قال: هو المختارُ».

---

(١) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنْدِيِّ [ص/ ١٢٩].

(٢) وقع بالأصل: «قبَضَ المُشْتَرِي الثَّمَنَ». والمثبت من: «ن»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق ١٣٠/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(٣) **يقال**: زَافَتْ عليه دراهمه ؛ أَيْ: صارَتْ مَرْدُودَةً عليه لِغِشٍّ فيها، وَدِرْهَمٌ زَيْفٌ وَزَائِفٌ، وَدَرَاهِمُ زُيُوفٌ وَزُيَّفٌ، وقياس مَصْدَرِهِ: الزُّيُوفُ، وأَمَّا الزِّيَافَةُ: فَمِنْ لغة الفقهاء. كذا قاله في: «المغرب في ترتيب المعرب» [١/٣٧٧].

(٤) **الدَّوْسُ**: هو الوطْءُ بالرِّجْلِ. يقال: داسَه برِجْله يَدُوسُه دَوْسًا ودِيَاسًا ودِيَاسَة. وهو دَوْسُ الغلَّة بالدوابِّ ؛ لتَخْرُجَ مِن قشْرِها وتِبْنها. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٥) **التَّذْرِيةُ**: مصدر ذَرَوْتُ الحِنْطَةَ بِالمِذْرَاةِ أَذْرُوها ذَرْوًا. أَيْ: نقَّيْتُها مِن الترابِ. وقد تقدم التعريف بذلك.

أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يَكُونُ بَعْدَ الْوَزْنِ وَالْبَائِعُ هُوَ الْمُحْتَاجُ لِيُمَيِّزَ مَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّهُ مِنْ غَيْرِهِ، أَوْ لِيَعْرِفَ الْمَعِيبَ لِيَرُدَّهُ.

وَفِي رِوَايَةِ ابْنِ سَمَاعَةَ عَنْهُ عَلَىٰ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَىٰ تَسْلِيمِ الْجَيِّدِ الْمُقَدَّرِ، وَالْجَوْدَةُ تُعْرَفُ بِالنَّقْدِ كَمَا يُعْرَفُ الْقَدْرُ بِالْوَزْنِ فَيَكُون عَلَيْهِ.

وَأُجْرَةُ وَزَّانِ الثَّمَنِ عَلَىٰ الْمُشْتَرِي لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ هُوَ الْمُحْتَاجُ إِلَىٰ تَسْلِيمِ الثَّمَنِ، وَبِالْوَزْنِ يَتَحَقَّقُ التَّسْلِيمِ.

وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِثَمَنٍ؛ قِيلَ لِلْمُشْتَرِي: ادْفَعِ الثَّمَنَ أَوَّلًا؛ لِأَنَّ حَقَّ الْمُشْتَرِي تَعَيَّنَ فِي الْمَبِيعِ، فَيُقَدَّمُ دَفْعُ الثَّمَنِ لِيَتَعَيَّنَ حَقُّ الْبَائِعِ بِالْقَبْضِ لِمَا أَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ تَحْقِيقًا لِلْمُسَاوَاةِ.

غاية البيان

ثم قال فيها: «وفي بابِ السينِ: رَجُلٌ اشْتَرىٰ عِنبًا جُزَافًا، فقَطْفُه على المُشْتَرِي، وكذا كلُّ شيءٍ باعَه جُزَافًا، كَالثُّومِ والجَزَرِ والبَصَلِ إذا خَلَّى بينَها وبينَ المُشْتَرِي، وكذا قَطْعُ الثَّمَرِ على المُشْتَرِي».

قولُه: (**لِيُمَيِّزَ**)، أي: الناقدُ. (**مَا تَعَلَّقَ بِهِ**) الضميرُ في (**بِهِ**) راجعٌ إلىٰ (**مَا**). و«ما» عبارةٌ عن [٥/٧٢و/م] الجَيِّدِ مثلًا. (**حَقُّهُ**)، أي: حقُّ البائعِ. (**مِنْ غَيْرِهِ**)، أي: مِن غيرِ حقِّه، وغيرُ حقِّه هو الرَّدِيءُ.

قولُه: (**أَوْ يَعْرِفَ الْمَعِيبَ**) كالزَّيْفِ والسَّتُّوقَةِ[1].

قولُه: (**وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِثَمَنٍ؛ قِيلَ لِلْمُشْتَرِي: ادْفَعِ الثَّمَنَ أَوَّلًا**)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[2].

---

(١) **السَّتُّوقَةُ**: ما غلَبَ غِشُّه مِن الدَّرَاهِم. أو هي ما يَغْلِبُ غِشُّهُ على فِضَّتِه. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٧٩].

....

غاية البيان

اعلم: أن للبائع حقَّ حبْسِ المَبِيعِ إلىٰ أنْ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ، إذا كان الثَّمنُ حالًّا، ولا يُسَلِّمُهُ إلا إذا سلَّمَ المُشْتَرِي الثَّمَنَ؛ لأن قضيَّةَ العَقْدِ: المساواةُ بينَ العاقِدَيْنِ، وحقُّ المُشْتَرِي مُتعَيَّنٌ في المَبِيعِ، فيَنْبَغِي أن يَتَعَيَّنَ حقُّ البائعِ في الثَّمنِ أيضًا، ولا يَتَعَيَّنُ الثَّمنُ إلا بالقبضِ؛ لأن الدراهمَ والدنانيرَ لا تَتعيَّنانِ في عُقُودِ المُعاوَضاتِ عندَنا في حقِّ الاستحقاقِ وإنْ عُيِّنَتْ، وإنما تَتَعَيَّنانِ في حقِّ الجنسِ والقَدْرِ والصِّفَةِ، بخلافِ ما إذا كان الثَّمنُ مُؤَجَّلًا؛ إذْ ليس للبائعِ حقُّ حبْسِ المَبِيعِ؛ لأنه بالتأجيلِ أسقَطَ حقَّه في الحبسِ.

وكذا إذا كان بعضُ الثَّمنِ حالًّا، وبعضُه مُؤَجَّلًا، فله حقُّ حبْسِ المَبِيعِ إلىٰ استيفاءِ الحالِّ، ولو سلَّمَ المُشْتَرِي جميعَ الثَّمنِ الحالِّ إلا دراهمًا؛ فله حَبْسُ جميعِ المَبِيعِ؛ لأنَّ حقَّ الحَبْسِ لا يتَجزَّأُ.

قال في «التحفة»: «ولو دفَع المُشْتَرِي إلىٰ البائعِ بالثَّمنِ رهْنًا، أوْ تكفَّل به كفيلٌ، لا يَسْقُطُ حقُّ الحبسِ؛ لأن هذا وثيقةٌ بالثَّمنِ، فلا يَبْطُلُ حقُّه عن حَبْسِ المَبِيعِ؛ لاستيفاءِ الثَّمَنِ، ولو أحالَ البائعُ رَجُلًا علىٰ المُشْتَرِي بالثَّمنِ وقَبِلَ؛ سَقَط حقُّ الحبسِ، وكذا إذا أحال المُشْتَرِي البائعَ علىٰ رَجُلٍ، وهذا عندَ أبي يوسفَ.

وعندَ محمَّدٍ فيه روايتان: في روايةٍ: كما قال أبو يوسفَ. وقال في روايةٍ: إنه إنْ أحالَ البائعُ رَجُلًا علىٰ المُشْتَرِي؛ سقَط حقُّ الحبسِ، فإذا [٢/٦٦و] أحال المُشْتَرِي البائعَ علىٰ رَجُلٍ؛ لَمْ يسْقُطْ حقُّ الحبسِ، وهي مسألةُ كتابِ الحوالةِ.

وهذا الذي قُلنا مِن وجوبِ دَفْعِ الثَّمنِ أوَّلًا علىٰ المُشْتَرِي: فيما إذا كان المَبِيعُ حاضرًا، أمَّا إذا كان غائبًا فلا[١]. نصَّ عليه الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ

---

(١) أي: فلا يجب. كذا جاء في حاشية: «ن».

وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِسِلْعَةٍ، أَوْ ثَمَنًا بِثَمَنٍ؛ قِيلَ لَهُمَا: سَلِّمَا مَعًا لِاسْتِوَائِهِمَا فِي التَّعْيِينِ؛ فَلَا حَاجَةَ إِلَىٰ تَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا فِي الدَّفْعِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

في «**مختصره**».

وقال: «فإنْ كان المَبيعُ غائبًا عن حَضْرتِهما؛ فللمُشْتَري أنْ يمْتَنِعَ مِن التَّسْلِيم حتىٰ يحضُرَ المَبيعُ، ويكُونَ بحيثُ يُمْكِنُه قبْضُه في مكانِه إذا دفَع الثَّمَنَ». إلىٰ هنا لفظُه رَحِمَهُ اللهُ[1].

وذلك لأن المُشْتَرِيَ [٥/٧٢ظ/م] إنما أُمِرَ بالدفْعِ أوَّلًا؛ ليَتَعَيَّنَ حقُّ البائعِ في الثَّمنِ، فلو كُلِّفَ المُشْتَرِي بالدفْعِ ـ معَ أن المَبِيعَ غائبٌ ـ يَتَقَدَّمُ حقُّ البائعِ في القبضِ، ويَتَأَخَّرُ حقُّ المُشْتَرِي فيه، فلا يَجُوزُ ذلك؛ لارتفاعِ المساواةِ، ثم المَبِيعُ في زمَنِ الحبْسِ في ضمانِ[2] البائعِ إلىٰ أنْ يُسَلِّمَهُ إلىٰ المُشْتَرِي، حتَّىٰ إذا هلَك في يدِ البائعِ؛ انتقَضَ البَيْعُ، ويَعُودُ الثَّمَنُ إلىٰ المُشْتَرِي.

قال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وتسليمُ العينِ: أنْ يَقُولَ مَن عليه تسليمُ ذلك للمُشْتَرِي: قد سلَّمتُه إليك، حيثُ يُمْكِنُ المُشْتَرِي قبْضُه مِن غيرِ مانعٍ، وتَسليمُ الدَّيْنِ: أنْ يُحْضِرَه الذي عليه مَحُوزًا مُفْرزًا مِن غيرِه، ثم يَقُولُ كما قال الآخَرُ، فإذا فعَلَ ذلك؛ فقد خرَج مِن ضمانِ المُسَلِّمِ، وصار في ضمانِ المُسَلَّمِ إليه، قَبِل ذلك المُسَلَّمُ إليه، أمْ لَمْ يَقْبَلْ إذا لَمْ يَكُنْ هناك مانعٌ منه، فإنْ هلَك هلَك مِن مالِ المُسَلَّمِ إليه»[3]. إلىٰ هنا لفْظُ الكَرْخِيِّ.

قولُه: (وَمَنْ بَاعَ سِلْعَةً بِسِلْعَةٍ، أَوْ ثَمَنًا بِثَمَنٍ؛ قِيلَ لَهُمَا: سَلِّمَا مَعًا). هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[4].

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ١٧].
(٢) وقع بالأصل: «من ضمان». والمثبت من: «ن»، و«غ».
(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ١٧].
(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٧٩].

. . . .

وذلك لأن العَاقِدَيْنِ استوَيا في ثبوتِ الحقِّ، ولا مَزِيَّةَ لأحدِهما على الآخَرِ، فلا حاجةَ لتقديمِ أحدِهما على الآخرِ في الدفْعِ، فيُؤْمرانِ بالدفْعِ معًا؛ لأن في الصورةِ الأُولَى حقُّ كلِّ واحدٍ منهما مُتَعَيِّنٌ قبلَ القَبْضِ، وفي الثانيةِ: لا.

قولُه: (قِيلَ لَهُمَا) أي: للبائعِ والمُشْتَرِي.

واللهُ أعلَمُ.

بَابُ خِيَارِ الشَّرْطِ

غاية البيان

بَابُ خِيَارِ الشَّرْطِ

لَمَّا فرَغ عن بيانِ البَيْعِ الذي فيه لزومٌ ـ وهو ما لا خِيارَ فيه ـ: شرَع في بيانِ البَيْعِ الذي ليس فيه لزومٌ، وهو ما فيه خِيارٌ.

أو نَقُولُ[1]: البَيْعُ المُطْلَقُ عن الخِيارِ إذا صدَر مِن الأهلِ مضافًا إلىٰ المحلِّ: عِلَّةٌ اسمًا ومعنًىٰ وحُكمًا لإثباتِ المِلْكِ، وهي العِلَّةُ الحقيقةُ؛ لأن الحُكْمَ ـ وهو المِلْكُ ـ مضافٌ إليه، فكان عِلَّةً اسمًا، وهو مُؤثِّرٌ في إفادةِ المِلْكِ شرعًا، فكان عِلَّةً معنًىٰ، والحُكْمُ ـ وهو المِلْكُ ـ يَثْبُتُ بلا تراخٍ عنه، فكان عِلَّةً حُكْمًا، والبَيْعُ بشرطِ الخِيارِ عِلَّةٌ اسمًا ومعنًىٰ لِمَا قلنا، وليس بعلَّةٍ حُكْمًا؛ لتراخي الحُكْمِ عنه، وهو عِلَّةٌ مجازًا، والأصلُ في الكلامِ الحقيقةُ، فقُدِّم البَيْعُ الذي ليس فيه خِيارٌ، علىٰ ما فيه خِيارٌ لهذا.

ثم الخِيَارُ في البَيْعِ أربعةُ أنواعٍ: خِيارُ الشَّرْطِ، وخِيارُ الرؤيةِ، وخِيارُ العيبِ، وخِيارُ التعْيينِ، كما إذا اشْتَرَىٰ أحدَ الثوبَيْنِ، وهو بالخِيارِ علىٰ أنْ يَأْخُذَ أيَّهما شاء، وسيَجِيءُ ذلك في هذا البابِ إنْ شاء اللهُ [٥/٧٣و/م] تعالىٰ.

ثم خِيارُ الشَّرْطِ مِن قَبيلِ إضافةِ الحُكْمِ إلىٰ السببِ، وكذلك في أخواتِه، ثم شَرْطُ الخِيارِ داخلٌ في الحُكْمِ دونَ السببِ؛ تقليلًا لمعنىٰ الحظرِ؛ لأنه لو كان داخلًا في السببِ؛ لكان داخلًا في الحُكْمِ أيضًا، فأدخلناه في الحُكْمِ لِمَا قُلنا،

(١) وقع بالأصل: «ونقول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

خِيارُ الشَّرْطِ جَائِزٌ فِي الْبَيْعِ لِلْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي، وَلَهُمَا: ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فما دُونها

﴿ غاية البيان ﴾

وكان القياسُ ألَّا يَدْخُلَ في الحُكْمِ أيضًا؛ لأن التعليقَ بالشَّرْطِ في التَّمْلِيكَاتِ يُفْضِي إلى معنى القِمارِ، بخلافِ الإسقاطاتِ، حيثُ يَكُونُ الشَّرْطُ داخلًا على السببِ؛ لأنه ليس فيه معنى القِمارِ، إلا أنَّا أدخلْنَاه في الحُكْمِ بحديثِ حَبَّانَ[١] استحسانًا.

قولُه [٢/٦٦ظ]: (**خِيارُ الشَّرْطِ جَائِزٌ فِي الْبَيْعِ لِلْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي، وَلَهُمَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فَمَا دُونَهَا**). هذا لفْظ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[٢].

وقولُه: (ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ)[٣].

يُرْوَى بالنصْبِ على أنه ظرْفٌ؛ أي: في ثلاثةِ أيَّامٍ، وبالرفعِ على أنه خبرٌ بعدَ خبرٍ، أوْ خبرُ مبتدأٍ محذوفٌ، أي: هو ثلاثةُ أيَّامٍ، وفي بعضِ النُّسَخِ: «ولهما الخِيارُ ثلاثةُ أيَّامٍ»[٤]. وذلك تفصيلٌ بعدَ إجمالٍ؛ لأنه ذكَرَ جوازَ خِيَارِ الشَّرْطِ أوَّلًا بلا بيانِ المُدَّةِ، ثم بَيَّنَ المُدَّةَ كما هو عادةُ القُدُورِيِّ في أوائلِ الأبوابِ، وعلى قولِ سُفْيَانَ وابنِ شُبْرُمَةَ[٥]: إنْ كان الخِيَارُ للمُشْتَرِي جاز، وإلا فلا. كذا في «**التحفة**»[٦].

---

(١) يعني: حديث حَبَّانَ بْنِ مُنْقِذٍ ﷺ مرفوعًا: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ، وَلِيَ الْخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ». وقد مضى تخريجه، وسيذكره المؤلفُ قريبًا إنْ شاء الله.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨٠].

(٣) وهذا هو المثْبَت في النسخة التي بخط المؤلف مِن «الهداية» [٢/ق٥/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وكذا في نسخة الشَّهْرَكَنْدِيِّ (المقروءة على أكمل الدين البابرتِيِّ) من «الهداية» [ق/ ١٥٨/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا].

(٤) وهذا لفظ المطبوع من «الهداية» للمَرْغِيناني [٣/٢٩]. وهو المثْبَت في نسخة البَايِسُوني من «الهداية» [ق/ ١٨١/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة القاسِمِيِّ [ق/ ١٥٣/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا]. وكذا في نسخة ابن الفصيح من «الهداية» [١/ق٢٣٨/ب/ مخطوط مكتبة ولِيِّ الدين أفندي ـ تركيا].

(٥) في «ن»: «سُفْيَان وابن سيرين». والمثبت من: «م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء».

(٦) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٦٦].

....

ثم الأصلُ في جوازِ خِيارِ الشَّرْطِ: ما رُوِيَ في «الموطَّأ» و«الصحيح» وغيرِهما: مُسْنَدًا إلى عبدِ الله بن عُمَر ﷺ: أَنَّ رَجُلًا ذَكَرَ لِلنَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ يُخْدَعُ فِي الْبُيُوعِ، فَقَالَ: «إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ»[1].

والْخِلَابَةُ: الخديعةُ. كذا في «الجمهرة»[2].

ثم اعلم: أن خِيارَ الشَّرْطِ كما يَجُوزُ للعاقدَيْنِ؛ يَجُوزُ لِغَيرِهما أيضًا، وسيَجِيءُ ذلك في هذا البابِ [إنْ شاء اللهُ تعالى][3] عندَ قولِه: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ، وشَرَطَ الْخِيارَ لِغَيْرِهِ).

ثم اعلم: أن شَرْطَ الخِيارِ إلى ثلاثةِ أيّامٍ جائزٌ استحسانًا بالإجماعِ، وبهذا الحديثِ، ولا يَجُوزُ أكثرَ مِن ذلك عندَ أبي حَنِيفَةَ، وهو قولُ زُفَرَ والشَّافِعِيِّ[4] ﷺ، ويَفْسُدُ البَيْعُ باشتراطِ الأكثرِ، وعندَهما: يَجُوزُ أكثرُ مِن ذلك، شهرًا كان أوْ سنةً أوْ أكثرَ إذا كانت المُدَّةُ معلومةً، ولو شَرَطَ الخِيارَ أبدًا لا يَجُوزُ بالإجماعِ. كذا في «المختلف»[5].

وَجهُ قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ: أن شَرْطَ الخِيارِ شُرِعَ دفعًا لِلْغَبْنِ بالنظرِ والتَّرَوِّي، والناسُ مُتفاوِتون في ذلك، وقد تمسُّ الحاجةُ إلى أكثرَ مِن ذلك، فلا تتقدَّرُ بمدَّةٍ؛ كالتأجيلِ في الثَّمنِ، والجامعُ: أنها مُدَّةٌ مُلْحقةٌ بالعقدِ؛ لِمَسَاسِ

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٢٩٣].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٤) ينظر: «الأم» للشافعي [٨/٢٢٥]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/٥]. و: «روضة الطالبين» للنووي [٣/٤٤٤].

(٥) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٤٤٤].

....

الحاجةِ [٥/٧٣و/م] إليها.

وقد رَوَىٰ أصحابُنا في «**شروح الجامع الصغير**»: أن ابن عُمَر رضي الله عنهما شَرَطَ الخِيَارَ شهرَيْن[١]. كذا ذكَر فخرُ الإسلامِ رحمه الله.

وقال العَتَّابِيُّ: «إنَّ عبدَ الله بن عُمَر رضي الله عنهما باع بشَرْط الخِيَار شهرًا».

وقال في «المختلف»[٢]: «رُوِيَ عن ابن عُمَر رضي الله عنهما: أنه باع جاريةً، وجَعَل للمُشْتَرِي الخِيار شهرًا»[٣].

ووَجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ: ما رَوَىٰ مسلمٌ في «**صحيحه**»: بإسنادِه إلى الأَعْرَج، عن أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه قَالَ: «نَهَىٰ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه وسلم عَنْ بَيْعِ الْحَصَاةِ، وَعَنْ بَيْعِ الْغَرَرِ»[٤].

والبَيْعُ بشرْطِ الخِيارِ فيه غَرَرٌ؛ لأنه لا يُدْرَىٰ ما الذي يَحْصُلُ به المَبِيعُ أو الثَّمَنُ، فاقتَضىٰ عمومُه بطلانَ الخِيارِ في قليلِ المُدَّةِ وكثيرِها، ولكنْ لَمَّا روَىٰ محمَّدُ بنُ الحسنِ في «**الأصل**»[٥]: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم جَعَل رَجُلًا مِن الأنصارِ بِالخِيارِ في كلِّ بَيْعٍ يَشْتَرِيه: ثلاثةَ أيَّامٍ فما دونَها»[٦]. واتَّفقَتِ الأُمَّةُ علىٰ جوازِه؛

---

(١) **قال ابنُ التركماني**: «لَمْ أرَه»، وقال الزيلعي: «غريب جدًّا». ينظر: «التنبيه علىٰ أحاديث الهداية والخلاصة» لابن التركماني [ق١١١/ب/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٦١)]، و«نصب الراية» للزيلعي [٤/١٠].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٤٤٤].

(٣) **قال البدرُ العَيْنِيُّ** (بعد أنْ ذَكَر هذه الروايات نقْلًا عن المؤلِّف): «كل هذا لَمْ يَثْبُت». ينظر: «البناية شرح الهداية» للبدر العيني [٨/٥٠].

(٤) أخرجه: مسلم في «صحيحه» في كتاب البيوع/ باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غَرَر [رقم/ ١٥١٣]، وغيره من حديث: أبي هريرة رضي الله عنه.

(٥) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٥/١٢٣].

(٦) مضىٰ تخريجه.

. . . .

خصَّصْناه مِن عمومِ الخبرِ، وبقِيَ ما عدا الثلاثَ محمولًا على لفْظِ الخبرِ.

أوْ نقولُ: إنَّ شرْطَ الخِيارِ في البَيْعِ ثبتَ بخلافِ القياسِ، وما ثبَت بخلافِ القياسِ؛ يَقْتَصِرُ على مَوْرِدِ النصِّ، ومَوْرِدُه ثلاثةُ أيَّامٍ، فلا يُزَادُ عليها.

وإنما قُلنا: إنه مخالِفٌ للقياسِ؛ لأن قضيَّةَ العَقْدِ: اللزومُ، وثبوتُ الحُكْمِ، والخِيارُ يَأْبَى ذلك، وإنما جُوِّزَ بالنصِّ استحسانًا، والثلاثةُ مُدَّةٌ تامَّةٌ في إبلاءِ العذْرِ، كما قال تعالى: ﴿تَمَتَّعُوا۟ فِى دَارِكُمْ ثَلَٰثَةَ أَيَّامٍ﴾ [هود: ٦٥] وكما قال في قصَّةِ العبدِ الصالحِ معَ موسى ﷺ: ﴿إِن سَأَلْتُكَ عَن شَىْءٍۭ بَعْدَهَا﴾ [الكهف: ٧٦] أي: بعدَ مُدَّةِ الثلاثِ، فلَمَّا كانتِ المُدَّةُ تامَّةً؛ كان في اشتراطِ الخِيارِ أكثرَ مِن ذلك [٦٧/٢و] ازديادُ الخَطرِ، معَ قِلَّةِ الحاجةِ إلى النظرِ فيه، فلَمْ يَكُنْ في معنى ما ورَد به النصُّ، فلَمْ يَجُزْ تعْدِيةُ حُكْمِ النصِّ إليه.

ثم مَن له الخِيارُ إذا أبطَل خيارَه؛ فلا يَخْلُو: إمَّا أن يَكُونَ ذلك قَبْلَ ثلاثةِ أيَّامٍ أوْ بعدَها، فإنْ كان بعدَها[1] فلا يَنْقَلِبُ العقدُ جائزًا؛ خلافًا لأبي يوسفَ ومحمَّدٍ، فإن عندَهما: إذا شُرِطَ الخِيارُ [٧٤/٥و/م] مُؤَبَّدًا، ثم [أُسْقِطَ][2] الخِيارُ بعدَ الثلاثِ جاز؛ لأن الخِيارَ إلى هذه المُدَّةِ جائزٌ عندَهما، ولا يَنْقَلِبُ جائزًا عندَ أبي حنيفةَ؛ لأن الخيارَ في هذه المدَّةِ لا يَجُوزُ عندَه[3].

وإنْ كان إبطالُ الخِيارِ قَبْلَ الثلاثةِ، أوْ سقَطَ الخِيارُ بموتِه، أوْ بموتِ العبدِ، أوْ أعتَقه المُشْتَرِي، أوْ حدَثَ في المَبِيعِ ما يُوجِبُ لزومَ العَقْدِ؛ كان العَقْدُ جائزًا عندَنا.

---

(١) أشار في حاشية: «ن» إلى أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «فإنْ كان بعدها يفسد».

(٢) ما بين المعقوفتين: في «م»: «شرط».

(٣) أشار في حاشية: «ن» إلى أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «لا يجوز عنده ويجوز عندهما».

. . . .

غاية البيان

وقال في «الإيضاح»: «قال زُفرُ والشَّافعيُّ[(١)]: العَقْدُ فاسدٌ[(٢)]».

وَجهُ قولِهما: أن العَقْدَ وقَع فاسدًا، فلا يَنْقَلِبُ جائزًا، كبَيْعِ درهمٍ بدرهمَيْن، وكما إذا باعَ وشَرَط الخمرَ، ثم أسقطَ، وذلك لأن المُفْسِدَ: شرْطُ الخِيارِ أكثر مِن أربعةِ أيَّامٍ أوْ أبدًا، وقد وُجِدَ ذلك في العَقْدِ ففسَد، ولا يَنْقَلِبُ جائزًا، كما لو دخَل اليومُ الرابعُ.

ولنا: أنه أُسْقِطَ المُفْسِدُ قَبْلَ تقرُّرِه، فعاد العَقْدُ جائزًا، فجُعِل كأنَّ الخِيارَ لَمْ يَكُنْ، كما لو باع ثوبًا برقْمِه ففَسَد العَقْدُ، ثم عَلِمَه المُشْتَرِي في المجلسِ فقَبِله؛ عاد العَقْدُ جائزًا، كما لو باع جِذْعًا في سَقْفٍ، ثم نزَعه وسَلَّمه.

بخلافِ ما إذا مضىٰ شيءٌ مِن اليومِ الرابعِ، ثم أُسْقِطَ الخِيارُ؛ لا يَعُودُ العَقْدُ جائزًا عندَ أبي حَنِيفَةَ، كما لا يَعُودُ عندَ زُفَرَ والشَّافعيِّ؛ لأن المُفْسِدَ قد تَقرَّرَ، ولأن فسادَ العَقْدِ باعتبارِ اتِّصالِ اليومِ الرابعِ، فإذا حُذِف الشَّرْطُ قَبْله؛ جُعِلَ كأن الخِيارَ لَمْ يَكُنْ مشروطًا إلىٰ ذلك الوقتِ، فاعْتُبِرَ العَقْدُ صحيحًا.

قال صاحبُ «الإيضاح»: «وعلىٰ هذا الخلافِ: [ما][(٣)] إذا باعَ بشرْطِ الأَجَلِ إلىٰ الحَصادِ، أو الدِّياسِ[(٤)]، . . . .

---

(١) ينظر: «الأم» للشافعي [٨/٢٢٥]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/٥]. و: «روضة الطالبين» للنووي [٣/٤٤٤].

(٢) وقع بالأصل: «العَقْد جائز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الإيضاح في شَرْح مختصر الكَرْخِيِّ» للكرْمَانِيِّ [ق١٤٠/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٦)].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن». وليسَتْ هذه الزيادة بمُثْبَتة في: «الإيضاح في شَرْح مختصر الكَرْخِيّ» للكرْمَانِيّ [ق١٤٠/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٦)].

(٤) **الدِّيَاسُ**: هو استخراج الحَبِّ مِن السنْبل، وأصْلُه: مِن الدَّوْس، وهو الوطْء بالرِّجْل. يقال: داسَه=

....

أَوْ إلىٰ النَّيْرُوزِ[(١)] ، أو المهرجانِ[(٢)] ، ثم حُذِفَ الأَجَلُ قبْلَ ذلك[(٣)] الوقتِ» .

يعني: يَصِحُّ العَقْدُ عندَنا ؛ خلافًا لِزُفَرَ والشَّافعِيِّ ، ولا يَمْتَنِعُ أنْ يَكُونَ العَقْدُ فاسدًا ، ثم تَلْحَقُهُ الصحَّةُ ، كما إذا رَهَن عصيرًا ، فصار خمرًا ، ثم عاد خلًّا .

والجوابُ عن قياسِهما علىٰ بَيْعِ درهم بدرهمَيْن ونحوِه فنَقُولُ: الفَسادُ في المَقِيسِ عليه في نفسِ المَعْقُودِ عليه ، فلَمْ تَلْحَقْهُ الصحَّةُ ، وفي المَقِيسِ أجنبيٌّ عن المَعْقُودِ عليه ؛ فلَحِقَهُ الصحَّةُ ، فافترَقَا .

فإنْ قالا: الفَسادُ في المَقِيسِ أيضًا في المَعْقُودِ عليه ؛ بدليلِ أن الثَّمنَ يَزْدَادُ بزيادةِ الأَجلِ ، ويَنْقُصُ بنقُصانِ الأَجَلِ ، فكان الأَجَلُ معقودًا عليه .

قلنا: لو كان الأَجَلُ معقودًا [٥/٧٤ظ/م] عليه ؛ لَمْ يَصِحَّ العَقْدُ بدونِ ذِكْرِه ؛ لأن العَقْدَ لا يَكُونُ بدونِ المَعْقُودِ عليه ، ويَصِحُّ بدونِ ذِكْرِه .

فَعُلِمَ: أنه ليس بمعقودٍ عليه ، ولأن الأَجَلَ ليس بعِوَضٍ ، ولا بمُعَوَّضٍ ، فلَمْ يَكُنْ معقودًا عليه .

= برجله يَدُوسه دَوْسًا ودِيَاسًا ودِيَاسَة . وهو دَوْسُ الغلَّة بالدوابّ ؛ لتخْرُج مِن قشْرِها وتِبْنها . وقد تقدم التعريف بذلك .

(١) **النَّيْرُوز** ـ بالفارسية ـ: اليوم الجديد ، وهو أول يَوْم من أَيَّام السَّنة الشمْسِية الإيرانية ، ويوافِق اليوم الحادي والعشرين من شهر مارس من السَّنة الميلادية ، وهو: أكْبَر الأعياد القومية للْفرس . وقد تقدم التعريف بذلك .

(٢) **المَهْرَجَان**: كلمة فارسية مركبة من كلمتين ؛ الأولىٰ: مهْر ، ومن معانيها: الشَّمْس . والثانية: جَان ، ومن معانيها الْحَيَاة ، أَو الرُّوح . وهو عيدٌ للفُرْس كالنَّيْروز . وقد تقدم التعريف بذلك .

(٣) في: «الإيضاح»: «ثم حذف صاحب الأَجَل قبْل ذلك» . ينظر: «الإيضاح في شَرْح مختصر الكَرْخِيِّ» للكرْمَانيِّ [ق١٤٠/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٦)] .

وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رُوِيَ: أَنَّ حَبَّانَ بْنَ مُنْقِذِ بْنِ عَمْرٍو الْأَنْصَارِيَّ ﵁ كَانَ يُغْبَنُ فِي الْبِيَاعَاتِ، فقَالَ ﵇: «إذا بَايَعْتَ فَقُلْ: لَا خِلَابَةَ، وَلِيَ الْخِيَارُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ».

غاية البيان

ثم اختلَف مشايخُنا في حُكْمِ البَيْعِ مشروطًا فيه الخِيارُ أكثرَ مِن ثلاثةِ أيَّامٍ: هل يَنْعَقِدُ فاسدًا، أوْ موقوفًا إلى الإجازةِ في المُدَّةِ على قولِ أبي حَنِيفَةَ؟ فقد نصَّ الكَرْخِيُّ في «**مختصره**»: أن البَيْعَ فَاسدٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ، فإنْ أجاز مَن له الخِيارُ في الثلاثِ جاز، وعلى ذلك أهلُ العِراقِ.

وقال مشايخُ خراسانَ: [إن][1] العَقْدَ مَوْقُوفٌ إلى الإجازةِ في المُدَّةِ، فإذا مضى جُزْءٌ مِن اليومِ الرابعِ؛ فحينَئذٍ يَفْسُدُ العَقْدُ، وإليه ذهَب شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ وفخرُ الإسلامِ وغيرُهما مِن علماءِ ما وراءَ النهرِ.

قولُه: (رُوِيَ: أَنَّ حَبَّانَ بْنَ مُنْقِذٍ)، هو بفَتْحِ الحاءِ المهملةِ، والباءِ المنقوطةِ بنقطةٍ تحتانيَّةٍ، شَهِد أُحُدًا، ومِن ولَدِه: يحيى ووَاسِع [٢/٦٧ظ] ابنا حَبَّانَ بنِ مُنْقِذِ بنِ عَمْرِو بنِ مالكٍ، وأُمُّهما: هندُ بنتُ ربيعةَ بنِ الحارثِ بنِ عبدِ المُطَّلِبِ بنِ هاشمِ بنِ عبدِ مَنَافٍ. كذا ذكَره ابنُ شاهينَ في كتابِ «**المعجَم**».

قولُه: (كَانَ يُغْبَنُ)، أي: يُخْدَعُ.

يُقالُ: غَبَنَهُ في البَيْعِ غَبْنًا، وهو مِن باب: ضَرَب، وغَبِنَ رَأْيَهُ[2] غَبَنًا، أي:

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) قوله: «رَأْيَهُ» صُحِّح هذا في «الصحاح» بالنصْب، فارْجع إليه حتى تعرف وجْه ذلك. كذا جاء في حاشية: «ن».

قلنا: وعبارةُ «الصحاح»: «وغَبِنَ رأيَه ـ بالكسْر ـ إذا نقَصَه فهو غَبِينٌ، أي: ضعيف الرأي، وفيه غبانة. وقد ذكرنا إعرابَه في: سَفِه يَسْفه»، وعبارتُه هناك في مادة (سَفِه) قال: «وقولهم: سَفِه نفْسَه، وغَبِن رأْيَه، وبَطِر عَيْشَه، وأَلِمَ بَطْنَه، ووَفِقَ أَمْرَه، ووَفِقَ أَمْرَه، كان الأصل: سَفِهتْ نفْسُ زيدٍ ورَشِدَ أمْرُه، فلَمَّا حُوِّل الفعلُ إلى الرجُل: انتصَبَ ما بعده بوقوع الفعل عليه؛ لأنه صار في معنى: سَفَّه نفْسَه بالتشديد. هذا قول البصْريين والكسَائيِّ ويجوز عندهم تقديمُ هذا المنصوب، كما يجوز:=

وَلَا يَجُوزُ أَكْثَرَ مِنْهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رحمهما الله. وقَالَا: يَجُوزُ إِذَا سَمَّىٰ مُدَّةً مَعْلُومَةً لِحَدِيثِ ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنهما أَنَّهُ أَجَازَ الْخِيَارَ إِلَىٰ شَهْرَيْنِ؛ وَلِأَنَّ الْخِيَارَ إِنَّمَا شُرِعَ لِلْحَاجَةِ إِلَىٰ التَّرَوِّي لِيَنْدَفِعَ الْغَبْنُ، وَقَدْ تَمَسُّ الْحَاجَةُ إِلَىٰ الْأَكْثَرِ فَصَارَ كَالتَّأْجِيلِ فِي الثَّمَنِ. ولأَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله أَنَّ شَرْطَ الْخِيَارِ يُخَالِفُ [٥/و] مُقْتَضَىٰ الْعَقْدِ وَهُوَ اللُّزُومُ، وَإِنَّمَا جَوَّزْنَاهُ بِخِلَافِ الْقِيَاسِ لِمَا رَوَيْنَاهُ مِنَ النَّصِّ، فَيَقْتَصِرُ عَلَىٰ الْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ فِيهِ وَانْتَفَتِ الزِّيَادَةُ.

غاية البيان

ضَعُفَ، وهو مِن بابِ: عَلِمَ. ويُقَالُ: هو مَغْبُونٌ في البَيْعِ، وغَبِينٌ في العقلِ والدِّينِ.

قولُه: (إِلَىٰ التَّرَوِّي)، أي: إلىٰ النظرِ والتفكُّرِ.

قولُه: (كَالتَّأْجِيلِ فِي الثَّمَنِ)، يعني: يَجوزُ ذلك إلىٰ ثلاثةِ أيَّامٍ، وإلىٰ أكثرَ منها، فكذا شَرْطُ الخِيارِ.

وجوابُ أبي حَنِيفَةَ عن هذا: أن ذِكْرَ الأَجَلِ في الثَّمَنِ لتحْصُلَ القدرةُ علىٰ الأداءِ بالكسْبِ، أوْ بدَخْلِ غَلَّاتِه، وهي لا تَتَحَقَّقُ غالبًا وظاهرًا في أدنَىٰ مُدَّةٍ، ولهذا جاز الزيادةُ علىٰ الثلاثةِ، بخلافِ شرطِ الخيارِ؛ فإنه لإبلاءِ العُذْرِ والنظَرِ في أن البَيْعَ رابحٌ أوْ خاسِرٌ، ومُدَّةُ الثلاثةِ مُدَّةٌ تامَّةٌ في هذا المعنىٰ، فلا حاجةَ إلىٰ الزيادةِ.

قولُه: (وَهُوَ اللُّزُومُ) الضميرُ راجعٌ إلىٰ مُقْتَضَىٰ العَقْدِ.

قولُه: (فَيَقْتَصِرُ عَلَىٰ الْمُدَّةِ الْمَذْكُورَةِ فِيهِ)، أي: يَقْتَصِرُ شَرْطُ الخِيارِ ـ لكونِه خلافَ القياسِ ـ علىٰ المُدَّةِ المذكورةِ في النصِّ، وهي ثلاثةُ أيَّامٍ، وأراد بالنصِّ: حديثَ حَبَّانَ(١).

= غُلامَه ضرَبَ زيدٌ». ينظر: «صحاح اللغة» للجوهري [٦/٢١٧٢/مادة: غبن]. و[٦/٢٢٣٤/مادة: سَفِه].

(١) الماضي تخريجه.

إلا أَنَّهُ إِذَا أَجَازَ فِي الثَّلَاثِ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ خِلَافًا لِزُفَرَ ، هُوَ يَقُولُ: إِنَّهُ انْعَقَدَ فَاسِدًا فَلَا يَنْقَلِبُ جَائِزًا. وَلَهُ أَنَّهُ أَسقَطَ الْمُفْسِدَ قَبْلَ تَقَرُّرِهِ فَيَعُودُ جَائِزًا، كَمَا إِذَا بَاعَ بِالرَّقْمِ وَأَعْلَمَهُ فِي الْمَجْلِس ؛ وَلِأَنَّ الْفَسَادَ بِاعْتِبَارِ الْيَوْمِ الرَّابِعِ، فَإِذَا أَجَازَ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَتَّصِلْ الْمُفْسِدُ بِالْعَقْدِ، وَلِهَذَا قِيلَ: إِنَّ الْعَقْدَ يَفْسُدُ بِمُضِي جُزْءٍ مِنَ الْيَوْمِ الرَّابِعِ، وَقِيلَ: يَنْعَقِدُ فَاسِدًا، ثُمَّ يَرْتَفِعُ الْفَسَادُ بِحَذْفِ الشَّرْطِ، وَهَذَا عَلَى الْوَجْهُ الْأَوَّلُ.

وَلَوِ اشْتَرَى عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا

غاية البيان

قولُه: (كَمَا إِذَا بَاعَ بِالرَّقْمِ).

والرَّقْمُ [٥/٧٥و/م]: الكِتَابَةُ، ورقَمَ التاجرُ الثَّوْبَ مِن هذا، وهو: إعلامُ ثمَنِه[1] بنوعِ علامةٍ عليه؛ بأنَّ ثمَنَه كذا درهمًا.

قولُه: (وَعَلَى هَذَا الْوَجْهُ الْأَوَّلُ)، أي: هذا الذي قيل مِن قولِ بعضِ المشايخ: إن العَقْدَ يَنْعَقِدُ فاسدًا، ثم يَرْتَفِعُ الفَسَادُ، بحَذْفِ الشَّرْطِ على اعتبارِ الوَجْهِ الأَوَّلِ مِن التعليلِ، وهو أنه أُسْقِطَ المُفْسِدُ قبلَ تقرُّرِه.

وكان القياسُ أن يَقُولَ: والوَجْهُ الأَوَّلُ على هذا ـ أي: الوَجْهُ الأَوَّلُ مِن التعليلِ، بناءٌ على هذا القولِ، وما قيل[2]: إن العَقْدَ يَفْسُدُ بمُضِيِّ جُزْءٍ مِن اليومِ الرابعِ، فالوَجْهُ[3] الثاني مِن التعليلِ ـ وهو قولُه: (وَلِأَنَّ الْفَسَادَ بِاعْتِبَارِ الْيَومِ الرَّابِعِ) ـ بناءٌ[4] عليه.

قولُه: (وَلَوِ اشْتَرَى عَلَى أَنَّهُ إِنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ، فَلَا بَيْعَ بَيْنَهُمَا؛

(١) مِن: أَعْلَمَ القصَّارُ الثوبَ، فهو مُعْلِمٌ، والثوبُ مُعْلَمٌ. كذا جاء في حاشية: «ن».
(٢) مبتدأ. كذا جاء في حاشية: «ن».
(٣) مبتدأ ثانٍ. كذا جاء في حاشية: «ن».
(٤) خبرُ المبتدأ الثاني، وهما معًا: خبرُ المبتدأ الأول. كذا جاء في حاشية: «ن».

جَازَ. وَإِلَىٰ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ﷺ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: يَجُوزُ إِلَىٰ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ أَوْ أَكْثَرَ، فَإِنْ نَقَدَ فِي الثَّلَاثِ؛ جَازَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا.

غاية البيان

جَازَ. وَإِلَىٰ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ لَا يَجُوزُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يَجُوزُ إِلَىٰ أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ أَوْ أَكْثَرَ، فَإِنْ نَقَدَ فِي الثَّلَاثِ؛ جَازَ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا) وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**»[١].

وقد ذكَر صاحبُ «**الهداية**» قولَ أبي يوسفَ معَ أبي حَنِيفَةَ كما ترَىٰ، وكذلك ذكَر الصدرُ الشهيدُ أيضًا في «**شرح الجامع الصغير**»، ولَمْ يذْكُرْ محمدٌ خلافَ أبي يوسفَ في أصْلِ «**الجامع الصغير**».

وهذا الذي ذكَره: قولُ أبي يوسفَ الأوَّلُ، ورَوَىٰ الحسنُ بنُ أبي مالكٍ عن أبي يوسفَ: أنه رجَع عن هذا القولِ، وقال: يَجُوزُ البَيْعُ كما هو قولُ محمَّدٍ. كذا ذَكَر الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرح الجامع الصغير**»، ولهذا المعنَىٰ قال صاحبُ «**المنظومة**»[٢]:

وَاضْـطَرَبَ الْأَوْسَـطُ[٣] فِيـهِ فَاعْقِـلِ

ثم اعلم: أنه إذا اشْتَرَىٰ جاريةً علىٰ أنه إنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ إلىٰ ثلاثةِ أيَّامٍ فلا بَيْعَ بينَهما؛ فالبَيْعُ جائزٌ، والشَّرْطُ جائزٌ عندَ علمائِنا.

وقال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: وقال زُفرُ: لا يَجُوزُ، وذكَر في «**الإيضاح**» قولَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٥].

(٢) وقد قال قبْل هذا الصدْر:

وشَـرْطُهُ فِـي تَرْكِـهِ نَقْـدَ الـثَّمَنْ ❊ فَـوْقَ الـثَّلَاثِ مُفْسِـدٌ فَلْـيُعْلَمَنْ

ينظر: «منظومة الخلاف» لأبي حفص النسَفِيِّ [ق ٧٨/أ/ مخطوط ولِيِّ الدين أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٧٢)]. أو [ق ٤٧/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٨٧١)].

(٣) أي: أبو يوسف. كذا جاء في حاشية: «ن».

. . . .

الشَّافِعِيِّ[(١)] كقولِ زُفَرَ.

وَجهُ **قولِ زُفرَ** رحمه الله ـ وهو القياسُ ـ: أن البَيْعَ بشَرْطِ الإقالةِ الصحيحةِ باطلٌ، كما إذا قال: بعْتُكَ هذا العبدَ على أنْ تُقِيلَ البَيْعَ؛ بَطَلَ البَيْعُ؛ لتعَلُّقِه بمجرَّدِ الإقالةِ، للتنافِي بينَ مُوجبَي البَيْعِ والإقالةِ إثباتًا وفسْخًا، وبشَرْطِ الإقالةِ الفاسدةِ أَوْلَى أنْ يَبْطُلَ البَيْعُ [٢/٦٨و]، وهي الإقالةُ المعلَّقةُ بشَرْطِ عدمِ النقدِ.

[٥/٧٥ظ/م] **وإنما قلنا**: إن الإقالةَ فَاسِدَةٌ؛ لأنها لا تَحتَمِلُ التعليقَ والخطرَ؛ لأن فيها معنى التمليكِ، ولهذا تُجْعَلُ بيْعًا جديدًا في حقِّ غيرِ المُتَعَاقِدَيْنِ.

ووجهُ **قولِ علمائِنا** ـ وهو الاستحسانُ ـ: ما نقَلَ الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرح الجامع الصغير**»: عن محمدِ بنِ الحسنِ عن عبدِ اللهِ بنِ المُباركِ عن ابنِ جُرَيْجٍ عن سليمانَ مولى ابنِ البَرْصَاءِ قال: «بِعْتُ مِنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ عُمَرَ رضي الله عنهما جَارِيَةً، عَلَى أَنَّه إِنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ؛ فَلَا بَيْعَ بَيْنَنَا»[(٢)].

فأجاز ابنُ عُمرَ هذا البَيْعَ، ولَمْ يُرْوَ مِن أحدٍ مِن نُظَرائِه خلافُه، ولأن شَرْطَ الخِيارِ جائزٌ إلى ثلاثةِ أيَّامٍ بالحديثِ المشهورِ، وهو حديثُ حَبَّانَ بنَ مُنْقِذٍ[(٣)]، وهذا في معنى الخِيارِ، فيَلْحَقُ بِالخِيارِ؛ لأن معنى الخِيارِ: إنْ شاء أجاز البَيْعَ ونقَدَ الثَّمَنَ، وإنْ شاء نقَضَ البَيْعَ، ولَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ، وقد أتى فيما نحن فيه بمعنى الخِيارِ.

---

(١) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٣/٤٤٥]، و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٤/١٩١]. و«كفاية النبيه في شَرْح التنبيه» لابن الرفعة [٨/٤٠٣].

(٢) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ٢٣١٧٢]، وابن المنذر في «الأوسط» [١٠/٣٣٥]، من طريق ابْن جُرَيْجٍ أَخْبَرَنِي سُلَيْمَانُ، مَوْلَى الْبَرْصَاءِ رحمه الله به نحوه.

(٣) مضى تخريجه.

. . . .

تلخيصُه: أن الخِيارَ شُرِعَ للحاجةِ إلىٰ التَّرَوِّي في أن البَيْعَ يوافقُ أمْ لا، ومِثْلُ تلك الحاجةِ هنا موجودٌ؛ لأنه يَحْتَاجُ إلىٰ التَّرَوِّي في أن الثَّمَنَ هل يَصِيرُ منقوداً أمْ لا؟ إلا أنهما مُتغَايِرَان مِن حيثُ الصورةُ، فإنَّ في شَرْطِ الخِيارِ يَتِمُّ البَيْعُ بمُضِيِّ المُدَّةِ إذا سكَتَ مَن له الخِيارُ، وهنا يَنْفَسِخُ البَيْعُ إذا مضَتِ المُدَّةُ، والعبْرةُ للمعنىٰ؛ لأن عدمَ النقدِ هنا في ثلاثةِ أيَّامٍ جُعِلَ عَلَمًا[1] علىٰ الفَسْخِ، وقد وُجِدَ عدمُ النقدِ؛ فَانْفَسَخَ البَيْعُ، وفي شَرْطِ الخِيارِ لَمَّا مضَتِ المُدَّةُ معَ سكوتِ مَن له الخِيارُ؛ كان سكوتُه دليلًا علىٰ اختيارِ البَيْعِ، فيَتِمُّ البَيْعُ.

ثم انْفِسَاخُ العَقْدِ عندَ عدمِ النقدِ في الثلاثةِ: مذكورٌ في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»، وبه صَرَّح صاحبُ «**الإيضاح**» أيضًا، وإليه ذهَب صاحبُ «**المختلف**»[2].

وقال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «ولو مضَىٰ الثلاثةُ ولَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ؛ فسَد البَيْعُ الآن، أمَّا لا يَنْفَسِخُ حتىٰ لو[3] أعتَقَه المُشْتَرِي بعْدَ ذلك: إنْ كان العبدُ في يدِه نفَذَ، وإنْ كان في يدِ البائعِ فلا».

وقال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ولو كان هذا البَيْعُ بهذا الشَّرْطِ للبائعِ ـ كما إذا اشْتَرَىٰ شيئًا علىٰ أن البائعَ إنْ رَدَّ الثَّمَنَ علىٰ المُشْتَرِي إلىٰ ثلاثةِ أيَّامٍ؛ فلا بَيْعَ بينَهُما ـ فهو علىٰ الاختلافِ»[4].

---

(١) أي: علَامة. كذا جاء في حاشية: «ن».

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٤٤٤/٣].

(٣) هكذا العبارة في النُّسَخ، وكذا هي في: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق٩٩/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].
لكنْ: نقلَها العلَّامةُ الشِّلْبِيُّ عن المؤلِّف في حاشيته علىٰ «تبيين الحقائق شرح كنْز الدقائق» [١٥/٤] هكذا: «فسَد البيعُ إلا أنه لا يَنْفَسِخُ حتَّىٰ لو...».

(٤) إلىٰ هنا انتهىٰ كلام الأَسْبِيْجَابيِّ في: «شرْح الطَّحَاوِيِّ» [ق١٧٢ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي=

. . . .

يعني: أن [٥/٧٦و/م] البَيْعَ جائزٌ بهذا الشَّرْطِ عندَنا[١]، خلافًا لِزُفرَ.

قال[٢]: «وهو بمنزلةِ شَرْطِ الخِيارِ للبائعِ».

وفائدتُه: ما ذَكَره في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**» بقولِه: «إنْ أعتَق البائعُ صحَّ، وإنْ أعتَقَ المُشْتَرِي لا»[٣].

ولو أنه قال: إنْ لَمْ يَنْقُدْهُ الثَّمنَ إلىٰ أربعةِ أيَّامٍ، فلا بَيْعَ بينَنا؛ فالبَيْعُ فَاسِدٌ في قولِ أبي حَنِيفَةَ، إلا أن يَنْقُدَهُ الثَّمنَ في ثلاثةِ أيَّامٍ، وفي قولِ محمَّدٍ البَيْعُ جائزٌ. كذا ذكَر الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرح الجامع الصغير**»، وقولُ أبي يوسفَ أوَّلًا كقولِ أبي حَنِيفَةَ. وقولُه آخرًا كقولِ محمدٍ، وقد مَرَّ ذلك.

ثم أبو حَنِيفَةَ مَرَّ علىٰ أصْلِه في شَرْطِ الخِيارِ، حيثُ لا يَجُوزُ عندَه أكثرُ من ثلاثةِ أيَّامٍ، فكذا ما هو في معناه، إلا إذا نَقَدَ في الثلاثِ الثَّمنَ، فكان البَيْعُ جائزًا لانقطاعِ المُفْسِدِ، ومحمدٌ مَرَّ علىٰ أصْلِه أيضًا؛ لأن عندَه يَجُوزُ شَرْطُ الخِيارِ أكثرَ من ثلاثةِ أيَّامٍ، إذا كانت المُدَّةُ معلومةً، فكذا ما كان في معناه.

وكذا أبو يوسفَ مَرَّ علىٰ أصْلِه أيضًا علىٰ قولِه المرجوعِ إليه، ولكنه فرَّق هو بينَ هذا وبينَ شرْطِ الخِيارِ علىٰ قولِه الأوَّلِ؛ حيثُ جَوَّزَ الزيادةَ علىٰ الثلاثةِ في شرْطِ الخِيارِ، ولَمْ يُجَوِّزْ هنا؛ لأنه اتَّبع أثرَ ابنِ عُمَر رضي الله عنهما في شَرْط الخِيَار؛ إذ هو أجاز فيه [٢/٦٨ظ] الزيادةَ علىٰ الثلاثةِ.

= ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

(١) وقع بالأصل: «عندهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) يعني: في «شرح الطَّحَاوِيِّ».

(٣) إلىٰ هنا انتهىٰ كلام الصدر الشهيد في: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» [ق٩٩/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنَّ هَذَا فِي مَعْنَىٰ اشْتِرَاطِ الْخِيَارِ؛ إِذِ الْحَاجَةُ مَسَّتْ إِلَىٰ الِانْفِسَاخِ عِنْدَ عَدَمِ النَّقْدِ تَحَرُّزًا عَنِ الْمُمَاطَلَةِ فِي الْفَسْخِ فَيَكُونُ مُلْحَقًا بِهِ.

غاية البيان

ورُوِيَ عن ابنِ عُمرَ في هذه المسألةِ: أنه أجاز ثلاثةَ أيَّامٍ، وقد مَرَّ ذلك قَبْلَ هذا، فإذا كان كذلك؛ لَمْ يَتَجَاوَزْ أبو يوسفَ حَدَّ السُّنَّةِ والأثرِ، وأَخَذ بهما، وفيما زاد علىٰ ذلك أَخَذَ بالقياسِ؛ لأن القياسَ ألَّا يَصِحَّ هذا البَيْعُ أصلًا، كما قال زُفَرُ؛ لأنه بَيْعٌ شُرِطَ فيه إقالةٌ فَاسِدَةٌ، وهي إقالةٌ معلَّقةٌ بالشَّرْطِ، والبَيْعُ بشَرْطِ الإِقالةِ الصحيحةِ باطلٌ، فبِشَرْطِ الإِقالةِ الفاسدةِ أَوْلَىٰ.

قولُه: (وَالْأَصْلُ فِيهِ)، أي: في الشِّرَاء، بشَرْط أنه إذا لَمْ يَنْقُدِ الثَّمنَ؛ فلا بَيْعَ بينَهما. **(أَنَّ هَذَا)**، أي: الشِّرَاءَ بهذا الشَّرْطِ في معنىٰ اشتراطِ الخِيارِ؛ لأن معنىٰ الخِيارِ: نقْدُ الثَّمنِ علىٰ تقديرِ إجازةِ البَيْعِ، وعدمُ نَقْدِه علىٰ تقديرِ فَسْخِ البَيْعِ، فكذا هنا، إنْ شاء نَقَدَ الثَّمنَ فتَمَّ البَيْعُ، وإنْ شاء لَمْ يَنْقُدْ فَانْفَسَخَ البَيْعُ.

ثم الخِيارُ مشروعٌ للحاجةِ إلىٰ التَّرَوِّي، والحاجةُ إليه موجودةٌ هنا أيضًا؛ لأنه يَحْتَاجُ إلىٰ الفَسْخِ إذا لَمْ يَكُنِ الثَّمنُ مَنقودًا، فيَكُونُ مشروعًا، ثم لَمَّا كان البَيْعُ مشروعًا؛ كان مُلْحقًا بالخِيارِ، فجاز إلىٰ [٥/٧٦ظ/م] الثلاثةِ؛ كالخيارِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وإلىٰ أكثرَ مِن ذلك إذا كانتِ المُدَّةُ معلومةً كالخيارِ عندَ محمدٍ، وكذا عندَ أبي يوسفَ علىٰ قولِه الآخِرِ، وفرَّق علىٰ قولِه الأوَّلِ، وقد بَيَّنَّا ذلك.

قولُه: (تَحَرُّزًا عَنِ الْمُمَاطَلَةِ فِي الْفَسْخِ)، أي: عن المدافعةِ، فيه تعليلٌ لقولِه: **(الْحَاجَةُ مَسَّتْ إِلَىٰ الِانْفِسَاخِ عِنْدَ عَدَمِ النَّقْدِ)**. وكأنه ذكَر هذا جوابًا لسؤالٍ يَرِدُ عليه؛ بأنْ يُقَالَ: لَا نُسَلِّمُ أن الحاجةَ ماسَّةٌ إلىٰ الِانْفِسَاخِ؛ لأن الحاجةَ تَنْدَفِعُ بالشِّرَاءِ بشَرْطِ الخِيارِ؛ لأنه إذا اشْتَرَىٰ بالخِيارِ إنْ شاء أجاز، وإنْ شاء فسَخ، ولا حاجةَ إلىٰ تصحيحِ هذا العَقْدِ بلا حاجةٍ.

وَقَدْ مَرَّ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله عَلَىٰ أَصْلِهِ فِي الْمُلْحَقِ بِهِ، وَنَفَى الزِّيَادَةَ عَلَى الثَّلَاثِ وَكَذَا مُحَمَّدٌ رحمه الله فِي تَجْوِيزِ الزِّيَادَةِ. وَأَبُو يُوسُفَ أَخَذَ فِي الْأَصْلِ بِالْأَثَرِ.

وَفِي هَذَا بِالْقِيَاسِ، وَفِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ قِيَاسٌ آخَرُ، وَإِلَيْهِ مَالَ زُفَرُ رحمه الله وَهُوَ أَنَّهُ بَيْعٌ شُرِطَ فِيهِ إِقَالَةٌ فَاسِدَةٌ لِتَعَلُّقِهَا بِالشَّرْطِ، واشْتِرَاطُ الصَّحِيحِ مِنْهَا فِيهِ مُفْسِدٌ لِلْعَقْدِ، فاشْتِرَاطُ الْفَاسِدِ أَوْلَىٰ. وَوَجْهُ الاستحسان: مَا بَيَّنَّا.

فقال في جوابِه هذا: يَعْنِي أن الفَسْخَ يَكُونُ في الشِّرَاءِ بشَرْطِ الخِيارِ، لكن ليس لمن له الخِيَارُ أَنْ يَفْسَخَ بغيرِ حضرةِ صاحبِه عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ، فتَحْصُلُ المُمَاطَلَةُ حينئذٍ في الفَسْخِ، بخلافِ ما إذا اشْتَرَىٰ علىٰ أنه إنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمنَ إلىٰ ثلاثةِ أَيَّامٍ؛ فلا بَيْعَ بينَهما؛ لأنه إذا مضَتِ المُدَّةُ ولَمْ يَنْقُدِ الثَّمنَ؛ يَنْفَسِخُ البَيْعُ بلا مُمَاطَلَةٍ.

قولُه: (فِي الْمُلْحَقِ بِهِ)، أي: في شَرْطِ الخِيارِ.

قولُه: (أَخَذَ فِي الْأَصْلِ بِالْأَثَرِ)، **أي:** أخَذَ أبو يوسفَ في شَرْطِ الخِيارِ، حيثُ جَوَّزَ الزيادةَ علىٰ الثلاثةِ بأثَرِ ابنِ عُمرَ؛ لأنه جَوَّز ذلك، (وَفِي هَذَا بِالْقِيَاسِ). أي: وفيما إذا اشْتَرَىٰ علىٰ أنه إنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ إلىٰ أربعةِ أيَّامٍ فلا بَيْعَ بينَهما؛ أخَذ بالقياسِ، ولَمْ يُجَوِّزِ الزيادةَ علىٰ الثلاثةِ، وبيانُ القياسِ مَرَّ آنفًا.

قولُه: (لِتَعَلُّقِهَا بِالشَّرْطِ)، أي: لتَعَلُّقِ الإِقَالةِ، وهذا بيانُ فَسادِ الإِقالةِ، وقد حَقَّقْنَاه قُبَيْلَ هذا.

قولُه: (وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ: مَا بَيَّنَّا)، **يعني** أن هذا البَيْعَ لا يَجُوزُ إلىٰ ثلاثةِ أيَّامٍ أيضًا قياسًا؛ كما قال زُفَرُ، لكنَّا جَوَّزْناه استحسانًا. ووَجْهُه ما بَيَّنَّا، وهو أن الحاجةَ مسَّتْ إلى الاِنْفِسَاخِ عندَ عدمِ النقدِ[١].

---

(١) في: «م»، و«غ»: «عند عدم العقد».

قَالَ: وَخِيَارُ الْبَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ؛ لِأَنَّ تَمَامَ هَذَا السَّبَبِ بِالْمُرَاضَاةِ، وَلَا يَتِمُّ مَعَ الْخِيَارِ؛ وَلِهَذَا يَنْفُذُ عِتْقُهُ. وَلَا يَمْلِكُ الْمُشْتَرِي التَّصَرُّفَ فِيهِ، وَإِنْ قَبَضَهُ بِإِذْنِ الْبَائِعِ.

غاية البيان

قولُه: (وَخِيَارُ الْبَائِعِ يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِهِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1].

وجملةُ القولِ فيه: ما قال صاحبُ «**المختلف**»[2]: «إذا كان الخِيارُ للبَائعِ والمُشْتَرِي جميعًا؛ لَمْ يَخْرُجِ المَبِيعُ عن مِلْكِه، ولا الثَّمنُ عن مِلْكِ المُشْتَرِي بالإجماعِ، ولو كان الخيارُ للبائعِ؛ لَمْ يَخْرُجِ المَبِيعُ[3] عن مِلْكِه، ولَمْ يَدْخُلْ في مِلْكِ المُشْتَرِي بالإجماعِ، والثَّمَنُ يَزُولُ عن مِلْكِ [٥/٧٧و/م] المُشْتَرِي بالإجماعِ، لكن لَمْ يَدْخُلْ في مِلْكِ البَائعِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وعندَهُما: يَدْخُلُ، ولو كان الخِيارُ للمُشْتَرِي؛ لَمْ يَزُلِ [٢/٦٩و] الثَّمَنُ عن مِلْكِه، ولَمْ يَدْخُلْ في مِلْكِ البائعِ بالإجماعِ، وخرَج المَبِيعُ عن ملكِ البائعِ، ولَمْ يَدْخُلْ في ملكِ المُشْتَرِي عندَه، خلافًا لهما»[4].

وأراد بالإجماعِ: إجماعَ علمائِنا؛ إذْ فيه خلافُ الشَّافعيِّ.

أَلَا تَرَىٰ أن صاحبَ «**الإيضاح**» وغيرَه قالوا في أحدِ أقوالِ[5] الشَّافعيِّ: ثَبَتَ المِلْكُ للمُشْتَرِي إذا كان الخِيارُ للبائعِ، كما في خِيارِ الرُّؤْيةِ علىٰ أصلِنا؛ لأن الثابتَ حقُّ الفَسْخِ، وليس مِن ضرورةِ حقِّ الفَسْخِ امتناعُ المِلْكِ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨٠].
(٢) وقع في «غ»: «صاحب الهداية والمختلف».
(٣) وقع بالأصل: «الثَّمَنُ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في ينظر: «مختلف الرواية».
(٤) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٤٤٦ - ١٤٤٧].
(٥) في: «غ»: «أحد قَوْلَيْ».

....

ولنا: أن خِيارَ البائعِ يَمْنَعُ تصَرُّفَ المُشْتَرِي في المَبِيعِ، ولا يَمْنَعُ تصَرُّفَ البائعِ معَ وجودِ القبضِ المَأْذُونِ فيه للمُشْتَرِي، فدلَّ علىٰ أنه لَمْ يَزُلْ عن مِلْكِ البائعِ، أَلَا تَرَىٰ أن إِعْتَاقَ البائعِ يَنْفُذُ فيه ابتداءً، وكلُّ رقبةٍ يَنْفُذُ فيها إِعْتَاقُ الإنسانِ ابتداءً؛ لَمْ تَكُنْ مِلْكًا لغيرِه، كما في سائرِ عبيدِه.

وليس خِيارُ الشَّرْطِ كخيارِ العَيْبِ والرُّؤْيةِ؛ لأن خِيارَ العَيْبِ والرُّؤْيةِ لا يَمْنَعُ تصَرُّفَ المُشْتَرِي، فلَمْ يَمْنَعِ انتقالَ المِلْكِ إليه، وخِيارُ الشَّرْطِ للبائعِ مانعٌ تصَرُّفَ المُشْتَرِي، فمنَعَ انتقالَ المِلْكِ إليه.

ثم لو هلَكَ المَبِيعُ فيما إذا كان الخِيارُ للبائعِ؛ لا يَخْلُو: إمَّا إنْ هلَكَ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إلىٰ المُشْتَرِي أوْ بَعْدَه، فإنْ هلَكَ قبلَ التَّسْلِيمِ: انْفَسَخَ البَيْعُ؛ لأن بهلاكِ المَعْقُودِ عليه يَنْتَقِضُ البَيْعُ في البَيْعِ الباتِّ، ففي الذي فيه الخِيارُ أَوْلَىٰ، وإنْ هلَكَ بعدَ التَّسْلِيمِ في مُدَّةِ الخِيارِ؛ بَطَلَ البَيْعُ، وتَلْزَمُهُ القِيمَةُ.

أمَّا بُطلانُ البَيْعِ: فلأنَّ المَعْقُودَ عليه صار إلىٰ حالةٍ لا يَجُوزُ ابتداءُ العَقْدِ عليه في ذلك الحالِ، فلا تَلْحَقُهُ الإجازةُ.

وأمَّا لزومُ القِيمةِ: فهو مذهبُنا، وقال الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرح الجامع الصغير**»: «وفي قولِ ابنِ أبي ليلَىٰ: لا شيءَ علىٰ المُشْتَرِي؛ لأنه قبَضَ مِلْكَ البائعِ بإذْنِه، فصار أَمَانَةً في يدِه».

ولنا: أن المُشْتَرِيَ لَمَّا قبَضَه علىٰ وَجْهِ البَيْعِ ولَمْ يَمْلِكْهُ؛ صار بمنزلةِ أَخْذِه علىٰ سَوْمِ البَيْعِ[1]، ومَن أخذ شيئًا علىٰ سَوْمِ البَيْعِ؛ صار مضمونًا بالقيمةِ، فهذا [٥/٧٧ظ/م] أَوْلَىٰ؛ لأن ثَمَّةَ لَمْ يُوجَدِ البَيْعُ أصلًا، وههنا وُجِدَ، ولكن لَمْ يَمْلِكْهُ

---

(١) وقع في «غ»: «سَوْم الشِّرَاء».

فَلَوْ قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي وَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ ضَمِنَهُ بِالْقِيمَةِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَنْفَسِخُ بِالْهَلَاكِ؛ لِأَنَّهُ كَانَ مَوْقُوفًا، وَلَا نَفَاذَ بِدُونِ الْمَحِلِّ فَبَقِيَ مَقْبُوضًا فِي يَدِهِ عَلَىٰ سَوْمِ الشِّرَاءِ، وَفِيهِ الْقِيمَةُ، وَلَوْ هَلَكَ فِي يَدِ الْبَائِعِ انْفَسَخَ الْبَيْعُ، وَلَا شَيْءَ عَلَى الْمُشْتَرِي اعْتِبَارًا بِالصَّحِيحِ الْمُطْلَقِ.

غاية البيان

المُشْتَرِي؛ لخيارِ البائعِ، ثم لزومُ القِيمةِ علىٰ المُشْتَرِي فيما لَمْ يَكُنِ المَبِيعُ مِثْلِيًّا، أَمَّا إذا كان مِثْلِيًّا؛ فيَلْزَمُهُ المِثْلُ. كذا في «**شرح الأقطع**» وغيرِه.

وهذا إذا هلَك في مُدَّةِ الخِيارِ، أمَّا إذا هلَك بعدَها؛ يَلْزَمُهُ الثَّمَنُ، لا القِيمَةُ، وبه صَرَّح فخرُ الإسلامِ في «**شرح الجامع الصغير**»؛ لأن العَقْدَ قد لَزِمَ وانْبَرَم.

قولُه: (فَبَقِيَ مَقْبُوضًا فِي يَدِهِ عَلَىٰ سَوْمِ الشِّرَاءِ، وَفِيهِ الْقِيمَةُ).

قال الفقيهُ أبو الليثِ في «العيون»: «عن أبي يوسفَ في رَجُلٍ أَخَذ ثوبًا، فقال: أذهَبُ به، فإنْ رَضِيتُ اشتريتُه، فضَاع في يدِه؛ لَمْ يَلْزَمْهُ شيءٌ، وإنْ قال: إنْ رَضِيتُ اشتريتُه بعشرةٍ؛ كان ضامنًا للقِيمَةِ»[١].

ثم قال أبو الليث: «إذا أخَذ شيئًا علىٰ سَوْمِ البيعِ[٢]؛ فإنْ بَيَّنَ الثَّمنَ يَكُونُ مضمونًا عندَه، وإنْ لَمْ يُبَيِّنِ الثَّمنَ يَكُونُ أَمَانَةً في يدِه»[٣].

قالوا في «نُسَخِ الْفَتَاوَىٰ»: وعليه الفَتْوَىٰ.

قولُه: (اعْتِبَارًا بِالصَّحِيحِ الْمُطْلَقِ)، أي: بالبَيْعِ الصحيحِ المُطْلَقِ عن الخِيارِ، فإن البَيْعَ يَنْفَسِخُ بهلاكِ المَبِيعِ ثَمَّةَ، فكذا هنا، وإنما قَيَّدَ بالصحيحِ ـ وإنْ كان حُكْمُ

(١) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنْدِيّ [ص/ ١٣٣].

(٢) وقع بالأصل: «الشراء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «عُيُون المسائل».

(٣) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنْدِيّ [ص/ ١٣٣].

وَخِيارُ الْمُشْتَرِي لَا يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ فِي جَانِبِ الآخرِ لَازِمٌ ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْخِيَارَ إِنَّمَا يَمْنَعُ خُرُوجَ الْبَدَلِ. عَنْ مِلْكِ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّهُ شُرِعَ نَظَرًا لَهُ دُونَ الْآخَرِ.

غاية البيان

الفَاسِدِ كذلك ـ لِمَا أن الأصلَ المعْتَبرَ به الذي يُقاسُ عليه غيرُه: هو الصحيحُ، لا الفَاسِدُ.

قولُه: (وَخِيارُ الْمُشْتَرِي لَا يَمْنَعُ خُرُوجَ الْمَبِيعِ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[(١)].

وذلك: لأن الخِيارَ مانعٌ للحُكْمِ في جانبِ مَن له الخِيارُ، لا في جانبِ مَن ليس له الخِيارُ، وهنا الخِيارُ [٢/٦٩ظ] للمُشْتَرِي لا للبائعِ، فكان مانعًا لخروجِ الثَّمنِ، لا لخروجِ المَبِيعِ ؛ لأن الخِيارَ شُرِعَ نظرًا لمنْ له الخِيارُ، لا لصاحبِه.

قال القُدُورِيُّ: «إلا أن المُشْتَرِيَ لا يَمْلِكُه عندَ أبي حَنِيفَةَ. وقالا: يَمْلِكُه»[(١)].

وقال في «وجيزهم»: «إنْ كان الخِيارُ للبائعِ وحْدَه ؛ فالمَبِيعُ باقٍ على مِلْكِه على الأصحِّ، وإنْ كان للمُشْتَرِي وحْدَه ؛ فالمِلْكُ مُنتَقِلٌ إليه[(٢)]، فإنْ كان لهما ؛ فثلاثةُ أقوالٍ: أحدُها: أنه مَوْقُوفٌ»[(٣)].

لهما: أن الخِيارَ شُرِعَ بسبيلِ النظرِ لمنْ شُرِطَ له الخِيارُ، والنظرُ له في مَنْعِ الخِيارِ زوالَ مِلْكِه عنه، لا في مَنْعِهِ دخولَ شيءٍ في مِلْكِه، ولأن المِلْكَ يَزُولُ عن البائعِ بالاتِّفاقِ، فإذا لَمْ يَنْتَقِلْ إلى المُشْتَرِي [٥/٧٨و/م] ؛ كان زائلًا لا إلى مالكٍ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨٠].

(٢) في «الوجيز»: «فالمِلْكُ مُنتَقِل (وح) إليه». ويعني بـ: (ح): الرمزَ به إلى أبي حنيفة. وبـ: (و): الرمزَ به إلى وجهٍ أو قولٍ بعيد مُخَرَّج لأصحاب الشافعي، كما نصَّ على ذلك في المقدمة. ينظر: «الوجيز/ مع شرح الرافعي» للغزالي [١/٥].

(٣) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٤/١٩٤].

قَالَ: **إِلَّا أَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَا يَمْلِكُهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ**، [٥/ظ] وقَالَا: يَمْلِكُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا خَرَجَ عَنْ مِلْكِ الْبَائِعِ، فَلَوْ لَمْ يَدْخُلْ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي يَكُونُ زَائِلًا لَا إِلَىٰ

غاية البيان

فلا يَجُوزُ؛ لأنه لا نظيرَ له في الشَّرْعِ.

ولأبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أن الثَّمنَ لَمْ يَزُلْ عن مِلْكِ المُشْتَرِي حُكْمًا لخيارِه، فلو دخَل المَبِيعُ في مِلْكِه؛ يَلْزَمُ أن يَجْتَمِعَ المُعَوَّضُ والعِوَضُ في مِلْكِ أحدِ المُتَعَاقِدَيْنِ فيما يَصِحُّ تمليكُه بعقودِ المُعَاوَضَاتِ، فلا يَجُوزُ ذلك؛ لأنه لَمْ يُوجَدْ له أَصْلٌ في الشَّرْعِ.

ولأن الخِيارَ شُرِعَ دفعًا لِلْغَبْنِ، وربما لا يُمْكِنُه دَفْعُ الْغَبْنِ إذا قُلنا بدخولِ المَبِيعِ في مِلْكِ المُشْتَرِي؛ لأنه إذا كان قريبَه يَعْتِقُ عليه.

فَإِنْ قُلْتَ: لَا نُسَلِّمُ أن اجتماعَ العِوَضِ والمُعَوَّضِ في مِلْكِ رَجُلٍ واحدٍ لا يَجُوزُ، أَلَا تَرَىٰ أن غَاصِبَ المُدَبَّرِ يَضْمنُ قيمتَه لصاحبِه إذا أَبَقَ، ولا يَخْرُجُ المُدَبَّرُ مِن مِلْكِ صاحبِه.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ أنه لا يَخْرُجُ مِن مِلْكِ صاحبِه، بل يَخْرُجُ شرْطًا لوجوبِ الضَّمانِ، ولكنه لا يَدْخُلُ في مِلْكِ الغَاصبِ؛ صيانةً لحقِّ المُدَبَّرِ.

أو نَقُولُ: ضَمانُ المُدَبَّرِ مقابلٌ بفَواتِ اليدِ دونَ الرقبةِ، فبَطَل السؤالُ، وقد عُرِفَ ذلك في «أصولِ فخرِ الإسلامِ البَزْدَويِّ»، في آخرِ بابِ النهْيِ[١].

أو نَقُولُ: كلامُنا فيما يَصِحُّ تمليكُه، والمُدَبَّرُ لا يَصِحُّ تمليكُه، فلأجْلِ هذا لَمْ يَدْخُلْ في مِلْكِ الغَاصبِ.

فَإِنْ قُلْتَ: يَرِدُ عليكم اجتماعُ الأُجْرةِ والمنافعِ في مِلْكِ المُؤْجِّرِ إذا شُرِطَ تَعجيلُ الأُجْرةِ.

---

(١) ينظر: «أصول البزدوي» [ص/ ٥٨].

مَالِكٍ، وَلَا عَهْدَ لَنَا بِهِ فِي الشَّرْعِ. ولأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّهُ لَمَّا لَمْ يَخْرُجِ الثَّمَنُ عَنْ مِلْكِهِ، فَلَوْ قُلْنَا بِأَنَّهُ يَدْخُلُ الْمَبِيعُ فِي مِلْكِهِ لَاجْتَمَعَ الْبَدَلَانِ فِي مِلْكِ رَجُلٍ وَاحِدٍ حُكْمًا لِلْمُعَاوَضَةِ، وَلَا أَصْلَ لَهُ فِي الشَّرْعِ؛ لِأَنَّ الْمُعَاوَضَةَ تَقْتَضِي الْمُسَاوَاةَ؛ وَلِأَنَّ الْخِيَارَ شُرِعَ نَظَرًا لِلْمُشْتَرِي لِيَتَرَوَّىٰ فَيَقِفَ عَلَى الْمَصْلَحَةِ، وَلَوْ ثَبَتَ الْمِلْكُ رُبَّمَا يُعْتَقُ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارِهِ، بِأَنْ كَانَ قَرِيبَهُ فَيَفُوتَ النَّظَرُ.

قَالَ: وَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ هَلَكَ بِالثَّمَنِ، ....

غاية البيان

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ الاجتماعَ؛ لأن المنافعَ معدومةٌ، فكيف يَكُونُ الاجتماعُ؟! فإذا حدثَتْ مَلَكَها المُستأجِرُ، فلا اجتماعَ حينئذٍ.

والجوابُ عن قولِهما: لا نظيرَ له في الشَّرْعِ.

قُلْتُ: يَبْطُلُ ذلك بما إذا اشْتَرَىٰ مُتَوَلِّي الكعبةِ سِتارةً لها، أوْ عَبِيدًا لِسِدَانَتِها؛ حيثُ يَزُولُ عن مِلْكِ البائعِ، ولا يَدْخُلُ في مِلْكِ المُشْتَرِي.

ويَجُوزُ أن يُقَالَ: تَبْطُلُ بالتركةِ المُسْتَغْرقةِ بالدَّيْنِ أيضًا؛ لأن التركةَ تَزُولُ عن مِلْكِ الميتِ، ولا تَدْخُلُ في مِلْكِ الورثةِ.

قولُه: (الْبَدَلَانِ)، أي: العِوَضُ والمُعَوَّضُ.

قولُه: (حُكْمًا لِلْمُعَاوَضَةِ)، احترازٌ عن الضَّمانِ في غَصْبِ المُدَبَّرِ، وقد مَرَّ بيانُه.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ هَلَكَ فِي يَدِهِ هَلَكَ بِالثَّمَنِ)، **أي:** قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»: «إنْ هلَك المَبِيعُ في يدِ المُشْتَرِي هلَك بالثَّمَنِ»[1]. وسواءٌ هلَك في مُدَّةِ الخِيارِ، أوْ بعدَها، فعليه الثَّمنُ في الوَجْهين. كذا قال فخرُ الإسلامِ في «**شرح الجامع الصغير**».

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨٠].

....

وعندَ الشَّافعيِّ: تَجِبُ عليه القِيمَةُ إذا هلَكَ في المُدَّةِ. كذا في «**المختلف**»[(١)]، وذلك [٥/٧٨ظ/م] لأنه عجزَ عن الردِّ قبلَ تمامِ المِلْكِ، فتَلْزَمُهُ القِيمَةُ؛ لأنه كان مُخيَّرًا بينَ الردِّ والإِجَازةِ، فلَمَّا هلك؛ صار عاجزًا عنهما جميعًا، أمَّا الردُّ فظاهرٌ، وكذلك الإِجازةُ؛ لأن المَبيعَ صار بحالٍ لا يَصْلُحُ لورُودِ العَقْدِ عليه ابتداءً، فلَمْ يَصْلُحْ للإِجازةِ، فإذا كان عاجزًا؛ لَمْ [٢/٧٠و] يُمْكِنْ إتمامُ العَقْدِ، فلَزِمَهُ القِيمَةُ.

ولنا: أن الهلاكَ بناءٌ على سببٍ مُفْضٍ إليه، وذلك السببُ عَيْبٌ، فيَكُونُ المَبِيعُ مَعِيبًا حين أشرَف على الهلاكِ، فبالعيبِ امتنَع ردُّه، فلَمَّا هلَك هلَك والعَقْدُ قد انْبَرَم؛ فلَزِمَهُ الثَّمَنُ، بخلافِ ما إذا كان الخِيارُ للبائعِ فهلَك في يدِ المُشْتَرِي؛ لأن بالعيبِ قبلَ الهلاكِ لا يَمْتَنِعُ الردُّ حُكْمًا لخيارِ البائعِ، فلَمَّا لَمْ يَمْتَنِعِ الردُّ؛ لَمْ يَكُنِ العَقْدُ منبرمًا قبْلَ الهلاكِ، ثم لِمَا هلَك هلَك، وقد كان العَقْدُ موقوفًا حينَئِذٍ، فلَزِمَهُ القِيمَةُ؛ لأنه ليس بأدنَى حالًا مِن المَقْبُوضِ على سَوْمِ الشِّرَاءِ، ولَمْ يَلْزَمْهُ الثَّمَنُ؛ لعدمِ انبرامِ العَقْدِ، وكذا إذا دخَلَه عَيْبٌ في مُدَّةِ الخِيارِ، فتعذَّر ردُّه، فيَلْزَمُهُ الثَّمنُ؛ لانبرامِ العَقْدِ.

قال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «وإذا قبَض المُشْتَرِي المبيعَ، فدخَله في يدِ المُشْتَرِي عَيْبٌ يُنْقِصُ القِيمَةَ مِن فِعْلِ المُشْتَرِي، أوْ غيرِ فِعْلِه؛ تَمَّ البَيْعُ عليه، ولزِمَهُ الثَّمَنُ»[(٢)].

وقال في «الإيضاح»: وإذا كان الخِيارُ للمُشْتَرِي، فحدَثَ في يدِه عَيْبٌ؛ يَجُوزُ ارتفاعُه كالمرضِ؛ فهو على خيارِه؛ لأنه إذا زال المرضُ ارتفَع النقْصُ، فصار كأنْ لَمْ يَكُنْ».

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٥٤٣/٣].

(٢) ينظر: شرح مختصر الكرخي للقدوري [ق/ ٤١].

وَكَذَا إِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ. وَوَجْهُ الْفَرْقِ أَنَّهُ إِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ يَمْتَنِعُ الرَّدُّ، وَالْهَلَاكُ لَا يَعْرَىٰ عَنْ مُقَدِّمَةِ عَيْبٍ فَهَلَكَ[١]، وَالْعَقْدُ قَدِ انْبَرَمَ فَيَلْزَمُهُ الثَّمَنُ، بِخِلَافِ مَا تَقَدَّمَ؛ لِأَنَّ بِدُخُولِ الْعَيْبِ لَا يَمْتَنِعُ الرَّدُّ حُكْمًا بِخِيَارِ الْبَائِعِ فَيَهْلِكُ وَالْعَقْدُ مَوْقُوفٌ.

غاية البيان

قال: «وليس له أنْ يَفْسَخَ إلا أنْ يَرْتَفِعَ العَيْبُ في الثلاثِ، لِمَا ذَكَرْنا أن مِن شرْطِ الردِّ أن يَرُدَّ كما قبَض؛ لئَلَّا يُؤَدِّيَ إلىٰ تفريقِ الصَّفْقَةِ عليه، فإذا مضَتِ الثلاثُ والعَيْبُ قائمٌ؛ لزمَ العَقْدَ؛ لتعذُّرِ الردِّ»[٢].

قولُه: (وَكَذَا إِذَا دَخَلَهُ عَيْبٌ)، أي: إذا دخَل المَبِيعَ عَيْبٌ في يدِ المُشْتَرِي والخِيارُ له؛ يَجِبُ الثَّمنُ، والمرادُ منَ العَيْبِ: عَيْبٌ لا يَرتَفِعُ، كقَطْعِ اليدِ مثَلًا؛ بدليلِ ما ذكَرْنا مِن روايةِ «**الإيضاح**».

قولُه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ)، يعني: إذا الخِيارُ للبائعِ، وهلَك في يدِ المُشْتَرِي في مُدَّةِ الخِيارِ؛ تَجِبُ القِيمَةُ.

قولُه: (وَوَجْهُ الْفَرْقِ)، أي: بَيْنَ ما إذا كان الخِيارُ للمُشْتَرِي، وهلَكَ في يدِه؛ حيثُ يَجِبُ الثَّمنُ، وبَيْنَ ما إذا كان الخِيارُ للبائعِ وهلَك في يدِ المُشْتَرِي في مُدَّةِ الخِيارِ؛ حيثُ تَجِبُ [القِيمَةُ][٣]، وقد بَيَّنَّا الفرقَ آنفًا.

قولُه: (لَا يَعْرَىٰ عَنْ مُقَدِّمَةِ عَيْبٍ)، أي: لا يَعْرَىٰ الهلاكُ عن عَيْبٍ يَسْبِقُ الهلاكَ [٥/٧٩و/م]، وقد مَرَّ [بيانُه][٤] آنفًا.

قولُه: (انْبَرَمَ)، هو مُطَاوِعُ قولِهم: أبرمْتُ الأمرَ إبرامًا؛ إذا أحكمْتَه.

---

(١) فِي حاشية الْأَصْل: «خ: فيهلك».

(٢) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/ ٥٧].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ امْرَأَتَهُ عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ لَمْ يَفْسُدِ النِّكَاحُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا لِمَا لَهُ مِنَ الْخِيَارِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ امْرَأَتَهُ عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ لَمْ يَفْسُدِ النِّكَاحُ).

وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيها: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في رَجُلٍ اشْتَرَىٰ امرأتَه علىٰ أنه بِالخِيارِ ثلاثةَ أيَّامٍ. قال: لا يَفْسُدُ النِّكَاحُ، فإنْ وَطِئَهَا كان له أنْ يَرُدَّها. وقال يعقوبُ ومحمدٌ: يَفْسُدُ النِّكَاحُ، فإنْ وَطِئَهَا لَمْ يَسْتَطِعْ رَدَّها»[1].

وصورةُ المسألةِ: فيما إذا كانتِ المرأةُ ثَيِّبًا، ولهذا قَيَّدَ فخرُ الإسلامِ بالثَّيِّبِ، وذلك لأنها إذا كانت بِكْرًا يُنْقِصُها الوطءُ لا محالةَ، فليس له الردُّ حينَئِذٍ؛ لحصولِ النُّقْصَانِ عندَ المُشْتَرِي.

ثم هذه المسألةُ بناءً علىٰ المسألةِ المتقَدِّمةِ: وهي أن الخِيارَ إذا كان للمُشْتَرِي؛ لا يَمْلِكُه المُشْتَرِي عندَ أبي حَنِيفَةَ، خلافًا لهما.

وجملةُ القولِ فيه: ما قال في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**» بقولِه: والأصلُ عندَهم جميعًا: أن أحدَ الزوجَيْن إذا مَلَكَ رقبةَ صاحبِه، أوْ شِقْصًا منها؛ فسَدَ النِّكَاحُ، فعندَ أبي حَنِيفَةَ: لَمْ يَمْلِكْهَا، وعندَهما: مَلَكَها، فإنْ وَطِئَهَا في مُدَّةِ الخِيارِ قَبْلَ الاختيارِ؛ فإنه يُنْظَرُ: إنْ كانت بِكْرًا يُنْقِصُها الوطءُ؛ صار مختارًا في قولِهم جميعًا.

أمَّا علىٰ [٢/٧٠ظ] **قولِ أبي حَنِيفَةَ:** فلأجْلِ النُّقْصَانِ، وعلىٰ قولِهما: للأجْلِ الوطءِ أو النُّقْصَانِ جميعًا، وإنْ كانت ثَيِّبًا ولَمْ يُنْقِصُها الوطْءُ؛ فلا يَصِيرُ مختارًا في قولِ أبي حَنِيفَةَ؛ لأنه وَطِئَهَا بِالنِّكَاحِ، لا بِمِلْكِ اليَمِين؛ إذْ عندَه النِّكَاحُ قائمٌ، وفي

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٤].

. . . .

قولهما: يَصِيرُ مختارًا لها، سواءٌ [كان][1] نَقَصَها الوطءُ، أوْ لَمْ يُنْقِصْها؛ لأنه يَكُونُ واطِئًا لها بمِلْكِ اليمينِ، والنِّكَاحُ عندَهما قد ارتفَع.

وأجمعوا: أنها لو لَمْ تَكُنْ زوجةً له، فوَطِئَهَا؛ يَصِيرُ مختارًا، سواءٌ نقَصَها الوطْءُ، أوْ لَمْ يُنْقِصْها؛ لأنه يحْصُلُ وَطْؤُه إيَّاها بمِلْكِ اليَمِينِ. ولهذه المسألةِ نظائرُ أحصاها صاحبُ «**المختلف**»[2] فيه:

منها: إذا كان الخِيارُ للمُشْتَرِي، وفَسَخَ العَقْدَ؛ فالزوائدُ تُرَدُّ علىٰ البائعِ عندَه. وعندَهما: للمُشْتَرِي.

ومنها: إذا اشْتَرَىٰ قريبَه؛ لَمْ يَعْتِقْ عليه عندَه. وعندَهما: يَعْتِقُ.

ومنها: إذا اشْتَرَىٰ زوجتَه الأَمَةَ، وقد ولدَتْ منه؛ لَمْ تَصِرْ أُمَّ ولدٍ له عندَه، خلافًا لهما.

ومنها: أن النِّكَاحَ لا يَبْطُل عندَه، خلافًا لهما.

ومنها: أنه لو وَطِئَهَا في النِّكَاحِ بعدَ الشِّرَاءِ، وهي ثَيِّبٌ؛ لَمْ يَصِرْ قابضًا عندَه، ولا يَسْقُطُ الخِيارُ عندَه، خلافًا لهما.

ومنها: أنها لو حاضَتْ في مُدَّةِ الخِيارِ؛ لَمْ يُحْتَسَبْ مِن الاسْتِبْرَاءِ عندَه، خلافًا لهما.

ومنها [٥/٧٩ظ/م]: لو فَسَخَ البَيْعَ قبْلَ القبضِ، أوْ بَعْدَهُ؛ فلا اسْتِبْرَاءَ علىٰ البائعِ عندَه. وعندَهما: إن فَسَخَ قبلَ القبضِ لا يَجِبُ الاسْتِبْرَاءُ علىٰ البائعِ استحسانًا، وإنْ فَسخَ بعدَه؛ يَجِبُ قياسًا واستحسانًا.

---

(١) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«غ».

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٤٤٧ - ١٤٤٩].

وَإِنْ وَطِئَهَا لَهُ أَنْ يَرُدَّهَا؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ بِحُكْمِ النِّكَاحِ إِلَّا إِذَا كَانَتْ بِكْرًا؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ يُنْقِصُهَا، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، **وقَالَا: يَفْسَدُ النِّكَاحُ**؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا، **وَإِنْ وَطِئَهَا لَمْ يَرُدَّهَا**؛ لِأَنَّ وَطْأَهَا بِمِلْكِ الْيمين فَيَمْتَنِعُ الرَّدُّ، وَإِنْ كَانَتْ ثَيِّبًا؛ وَلِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَخَوَاتٌ كُلُّهَا تَبْتَنِي عَلَى وُقُوعِ الْمِلْكِ لِلْمُشْتَرِي بِشَرْطِ الْخِيَارِ وَعَدَمِهِ: مِنْهَا: **عِتْقُ الْمُشْتَرَى عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ**، ....

غاية البيان

ومنها: أنه لو اشْتَرَى شيئًا على أن المُشْتَرِيَ بِالخِيارِ، وقبْضه بإذْنِ البائعِ، ثم أودَعَه عندَ البائعِ، فهلَك عندَه في مُدَّةِ الخِيارِ أوْ بعدَه؛ يهْلِكُ على البائعِ، وبطَل البَيْعُ عندَه؛ لأن القبضَ قد انتَقَض، وعندَهما: يَلْزَمُهُ الثَّمنُ؛ لأنه أودَعه مِلْكَ نفسِه.

ومنها: أن المَأْذُونَ إذا اشْتَرَى شيئًا مِن رَجُلٍ حُرٍّ على أنه بِالخِيارِ، ثم أبرَأَه البَائِعُ عن الثَّمنِ؛ فالخِيارُ باقٍ، ويَجُوزُ رَدُّه، وقالا: لا يَجُوزُ؛ لأنه مَلَكَه، ورَدُّه تَبَرُّعٌ؛ لأنه بغيرِ ثَمنٍ.

ومنها: أن الذِّمِّيَّ إذا اشْتَرَى خمرًا، أوْ خِنزيرًا مِن ذِمِّيٍّ على أن المُشْتَرِيَ بِالخِيارِ، ثم أسلَم المُشْتَرِي؛ بَطَلَ البَيْعُ عندَه؛ لأن الإسلامَ يَمْنَعُ التملُّكَ، وعندَهُما: لا يَبْطُلُ؛ لأنه تَمَّ المِلْكُ.

قولُه: (يُنْقِصُهَا)، أي: يُنْقِصُ الوطْءُ البِكْرَ، وهو بالصادِ المهمَلةِ.

قولُه: (وَلِهَذِهِ الْمَسْأَلَةِ أَخَوَاتٌ)، أي: نظائرُ، وقد أحصَيْناها آنفًا.

قولُه: (مِنْهَا: عِتْقُ الْمُشْتَرَى عَلَى الْمُشْتَرِي إِذَا كَانَ قَرِيبًا لَهُ فِي مُدَّةِ الْخِيَارِ).

يعني: إذا اشْتَرَى ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه بشرْطِ الخِيارِ؛ لا يَعْتِقُ عليه في مُدَّةِ الخِيارِ؛ لأنه لَمْ يَمْلِكْهُ، وخيارُه كما كان[1]، فإنْ فَسَخَ البَيْعَ؛ عاد إلى مِلْكِ البائعِ.

(١) وقع بالأصل: «كما كانت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَمِنْهَا: عِتْقُهُ إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي حَلَفَ: إِنْ مَلَكْتُ عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ.

بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ: إِنِ اشْتَرَيْتُ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ كَالْمُنْشِئِ لِلْعِتْقِ بَعْدَ الشِّرَاءِ فَيَسْقُطُ الْخِيَارُ، وَمِنْهَا: أَنَّ حَيْضَ الْمُشْتَرَاةِ فِي الْمُدَّةِ لَا يُجْتَزَأُ بِهِ مِنَ الِاسْتِبْرَاءِ عِنْدَهُ؛ وَلَوْ رُدَّتْ بِحُكْمِ الْخِيَارِ إِلَى الْبَائِعِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الِاسْتِبْرَاءُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا يَجِبُ إِذَا رُدَّتْ بَعْدَ الْقَبْضِ.

غاية البيان

وعندَهما: يَعْتِقُ عليه مِن زمانِ الشِّرَاءِ؛ لأنه يَمْلِكُه، ويَلْزَمُهُ الثَّمَنُ، وإنْ أجازَه عَتَقَ عليه، ولَزِمَهُ الثَّمَنُ، ولا يَبْقَىٰ خيارُه.

قولُه: (وَمِنْهَا: عِتْقُهُ إِذَا كَانَ الْمُشْتَرِي حَلَفَ: إِنْ مَلَكْتُ عَبْدًا فَهُوَ حُرٌّ).

يعني: إذا قال: إنْ ملكْتُ عبدًا فهو حُرٌّ، ثم اشْتَرَىٰ عبدًا بشرْطِ الخِيارِ؛ لا يَعْتِقُ عندَ أبي حَنِيفَةَ في مُدَّةِ الخِيارِ؛ لأنه لَمْ يَمْلِكْهُ خلافًا لهما، وهذا بخلافِ ما إذا قال: إنِ اشتريْتُك فأنتَ حُرٌّ، فاشتراه بِالخِيارِ؛ يَعْتِقُ عليه، ويَبْطُلُ خيارُه، ويَلْزَمُهُ الثَّمَنُ بالإجماعِ.

أمَّا عندَهما: فلا يُشْكِلُ؛ لأنه حَنِث بِالشِّرَاءِ؛ لأن المعلَّقَ بالشَّرْطِ كالمنطوقِ به عندَ وجودِ الشَّرْطِ، فكأنه قال بعدَ الشِّرَاءِ وله الخِيارُ: أنت حُرٌّ.

وأمَّا عندَ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: فيَعْتِقُ؛ لأن المُعَلَّقَ بالشَّرْطِ كالمرسَلِ عندَ وجودِ الشَّرْطِ، ولو أرسلَ العِتْقَ بعدَ شرائِه بشرْطِ الخِيارِ؛ يَنْفُذُ عِتْقُهُ، فكذا هذا. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**».

[٢/٧١و] **قولُه: (وَمِنْهَا: أَنَّ حَيْضَ الْمُشْتَرَاةِ في الْمُدَّةِ لَا يُجْتَزَأُ بِهِ مِنَ الِاسْتِبْرَاءِ عِنْدَهُ).**

يعني: إذا اشْتَرَىٰ [٥/٨٠و/م] جاريةً بِالخِيارِ ثلاثةَ أيَّامٍ وقبَضها، فحاضَتْ عندَه

وَمِنْهَا: إِذَا وَلَدَتِ الْمُشْتَرَاةُ فِي الْمُدَّةِ بِالنِّكَاحِ؛ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ عِنْدَهُ، خِلَافًا لَهُمَا.

غاية البيان

في مُدَّةِ الخِيارِ، أوْ حصَل فيها بعضُ الحَيْضَةِ في مُدَّةِ الخِيارِ، فاختارَها وصارَت للمُشْتَرِي؛ فلا يُجْتَزَأُ بتلك الحَيْضَةِ من الِاسْتِبْرَاءِ، وعليه أنْ يَسْتَبْرِئَهَا بحيضةٍ أُخرىٰ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وعندَهما: يُجْتَزَأُ بها مِن الِاسْتِبْرَاءِ.

ولوِ اختار فَسْخَ العَقْدِ، وعادَتِ الجاريةُ إلىٰ البائع؛ فلا يَجِبُ علىٰ البائعِ الِاسْتِبْرَاءُ عندَ أبي حَنِيفَةَ، سواءٌ كان الفسخُ قبْلَ القبْضِ أوْ بعدَه؛ لأنه لَمْ يَمْلِكْهَا علىٰ البائعِ غيرُه عندَ أبي حَنِيفَةَ.

وعندَهما: إنْ كان الفَسْخُ قبلَ القبضِ؛ لا يَجِبُ علىٰ البائعِ الِاسْتِبْرَاءُ استحسانًا، والقياسُ: أنْ يَجبَ عليه. وإنْ كان الفَسْخُ بعدَ القبضِ؛ يَجِبُ علىٰ البائعِ الِاسْتِبْرَاءُ قياسًا واستحسانًا؛ لأن المُشْتَرِيَ ملَكَها عندَهما.

وأجمعوا أن العَقْدَ لو كان باتًّا، ثم فُسِخَ العَقْدُ بينَهُما بإقالةٍ، أوْ بغيرِها: إنْ كان قبْلَ القبضِ فالقياسُ: أن يَجِبَ علىٰ البائعِ الِاسْتِبْرَاءُ، وفي الاستحسانِ: غيرُ واجبٍ، وإنْ كان بعدَ القبضِ: فَالِاسْتِبْرَاءُ واجبٌ قياسًا واستحسانًا.

ولو كان الخِيارُ للبائعِ، ففسَخَ العَقْدَ؛ فلا يَجبُ عليه الِاسْتِبْرَاءُ؛ لأنها لَمْ تَخْرُجْ مِن مِلْكِه، فإنْ أجاز [البائعُ][1] البَيْعَ؛ فعلىٰ المُشْتَرِي أنْ يَسْتَبْرِئَها بعدَ جوازِ البَيْعِ والقبضِ بحَيْضةٍ مُسْتأنَفةٍ في قولِهم جميعًا. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**».

قولُه: (وَمِنْهَا: إِذَا وَلَدَتِ الْمُشْتَرَاةُ فِي الْمُدَّةِ بِالنِّكَاحِ؛ لَا تَصِيرُ أُمَّ وَلَدٍ لَهُ عِنْدَهُ، خِلَافًا لَهُمَا).

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «اشْتَرَىٰ جاريةً قد ولدَتْ منه ولدًا بشرْطِ الخِيارِ؛

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «غ». وليسَتْ بمُثْبَتة في: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق١٦٩/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

وَمِنْهَا: إِذَا قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ، ثُمَّ أَوْدَعَهُ عِنْدَ الْبَائِعِ، فَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي الْمُدَّةِ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْبَائِعِ لِارْتِفَاعِ الْقَبْضِ بِالرَّدِّ؛ لِعَدَمِ الْمِلْك،

فعندَ أبي حَنِيفَةَ: لا تَصِيرُ أُمَّ ولَدٍ له، وخيارُه على حالِه، إلا إذا اختارَها؛ صارَتْ أُمَّ ولَدٍ، وعندَهما: تَصِيرُ أُمَّ ولَدٍ له بِالشِّرَاءِ، ويَبْطُلُ خيارُه، ويَلْزَمُهُ الثَّمَنُ»[1].

وقد صَرَّح ـ كما تَرَىٰ ـ: أن الولادةَ كانت قبْلَ الشِّرَاءِ، وكذلك ذكَر الصدرُ الشهيدُ، والعَتَّابِيُّ، وقاضي خان في «شرح الجامع الصغير»، فلا بُدَّ حينَئِذٍ أنْ يُحْمَلَ كلامُ صاحبِ «الهداية» علىٰ وَجْهٍ صحيحٍ؛ لأن ظاهِرَهُ مُشْكِلٌ؛ لأن المُشْتَرَاةَ بشَرْطِ الخِيارِ إذا ولدَتْ في مُدَّةِ الخِيارِ؛ يَبْطُلُ الخِيارُ، ويَلْزَمُ الثَّمَنُ؛ لحدوثِ العَيْبِ؛ لأن الولادةَ عَيْبٌ.

أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما صَرَّح به في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» بقولِه: «نفْسُ الولادةِ عَيْبٌ في بني آدمَ، وفي البهائمِ لا؛ إلا أن يُوجِبَ نقصانًا»، ونقَله عن «المَأْذُون الكبير» لخُوَاهَر زَادَه.

فيَنْبَغِي علىٰ هذا: أن تَصِيرَ الجاريةُ بالولادةِ في المُدَّةِ أُمَّ ولَدٍ بالاتِّفاقِ؛ لأن المَبِيعَ إذا تعَيَّب في يدِ المُشْتَرِي لا يُمْكِنُه أنْ يَرُدَّه كما قَبَضَ سليمًا.

فعلَىٰ هذا نَقُولُ: إن المُشْتَرَاةَ ولدَتْ [٥/٨٠ظ/م] بِالنِّكَاحِ في مُدَّةِ الخِيارِ، لكنَّ الولادةَ كانت قبْلَ القبضِ، فلا تَصِيرُ أُمَّ ولَدٍ عندَه خلافًا لهما، وإنما حمَلْنا علىٰ هذا الاحتمالِ كلامُه؛ لأن الولادةَ إمَّا أنْ تَقَعَ بعدَ القبضِ أوْ قبْلَه، فله أنْ يَقُولَ: أردْتُ أحدَ هذَيْن الوَجْهَيْن.

قولُه: (وَمِنْهَا: إِذَا قَبَضَ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بِإِذْنِ الْبَائِعِ، ثُمَّ أَوْدَعَهُ عِنْدَ الْبَائِعِ، فَهَلَكَ فِي يَدِهِ فِي الْمُدَّةِ)، أي: هلَك في يدِ البائعِ.

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ١٦٥].

وَعِنْدَهُمَا مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي لِصِحَّةِ الْإِيدَاعِ بِاعْتِبَارِ قِيَامِ الْمِلْكِ.

وَمِنْهَا: أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي عَبْدًا مَأْذُونًا لَهُ، فَأَبْرَأَهُ الْبَائِعُ عَنِ الثَّمَنِ

غاية البيان

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «اشْتَرىٰ شيئًا بعَيْنِه على أنه بِالخِيارِ ثلاثةَ أيَّامٍ، فقَبَضَهُ بإذْنِ البائعِ، ثم أوْدَعه عندَ البائعِ في مُدَّةِ الخِيارِ، فهلَك المَبيعُ في يدِ البائعِ في مُدَّةِ الخِيارِ أوْ بعدَها؛ هلَك على مِلْكِ البائعِ، ويَبْطُلُ البَيْعُ في قولِ أبي حَنِيفَةَ.

وقالا: يَهْلِكُ على المُشْتَرِي ويَلْزَمُهُ الثَّمَنُ؛ لأن مِن مذهبِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله: أنه [٢/٧١ظ] لَمْ يَمْلِكْهُ المُشْتَرِي، وارتفَع قبْضُه بالردِّ على البائعِ، فهلَك المَبِيعُ قبلَ القبضِ، وهلاكُ المَبيعِ قَبْلَ القبضِ يُبْطِلُ البَيْعَ.

وعندَهما: يَمْلِكُ المُشْتَرِي، فصار مُودِعًا مِلْكَ نَفْسِه، فصار هلاكُه في يدِ المُودَعِ كهلاكِه في يدِه؛ لأن يدَ المُودَعِ كَيَدِه.

ولو كان الخِيارُ للبائعِ، فسَلَّمه إلى المُشْتَرِي، ثم إن المُشْتَرِيَ أوْدَعَهُ البائعَ في مُدَّةِ الخِيارِ، ثم هلَك في يدِ البائعِ قبلَ جوازِ البَيْعِ أوْ بعدَه؛ يَبْطُلُ البَيْعُ في قولِهم جميعًا.

ولو كان البَيْعُ باتًّا، فقبَضَه المُشْتَرِي بإذْن البائعِ، أوْ بغيرِ إذْنِه، والثَّمَنُ مَنْقودٌ، أوْ مُؤَجَّلٌ، وله فيه خِيارُ الرُّؤْيةِ، أوْ خِيارُ عَيْبٍ، فأوْدَعه البائعَ، فهلَك في يدِ البائعِ؛ هلَكَ على المُشْتَرِي، ولزِمَهُ الثَّمَنُ بالإجماعِ؛ لأن خِيارَ الرُّؤْيةِ وخِيارَ العَيْبِ لا يَمْنَعانِ وقوعَ المِلْكِ، وصار مُودِعًا مِلْكَ نَفْسِه»[1]. إلى هنا [لَفْظُ][2] روايةِ «شرح الطَّحَاوِيِّ».

قولُه: (وَمِنْهَا: أَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمُشْتَرِي عَبْدًا مَأْذُونًا [لَهُ][3]، فَأَبْرَأَهُ الْبَائِعُ عَنِ الثَّمَنِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ١٦٥].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

فِي الْمُدَّةِ؛ بَقِيَ خِيَارُهُ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ امْتِنَاعٌ عَنِ التَّمَلُّكِ وَالْمَأْذُونُ لَهُ يَلِيهِ، وَعِنْدَهُمَا بَطَلَ خِيَارُهُ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا مَلَكَهُ [٦/و] كَانَ الرَّدُّ مِنْهُ تَمْلِيكًا بِغَيْرِ عِوَضٍ وَهُوَ لَيْسَ مِنْ أَهْلِهِ.

غاية البيان

فِي الْمُدَّةِ؛ بَقِيَ خِيَارُهُ عِنْدَنَا).

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «في عبْدٍ مَأْذُونٍ له في التجارةِ اشْتَرَىٰ مِن حُرٍّ سِلْعَةً بدراهمَ معلومةٍ علىٰ أنه بِالخِيارِ ثلاثةَ أيَّامٍ، ثم إن البائعَ أبرَأَهُ عن الثَّمَنِ ـ فالقياسُ: ألَّا يَصِحَّ إبراؤُه؛ لأنه لا يَمْلِكُ الثَّمَنَ، وفي الاستحسانِ: صحَّ إبراؤُه؛ لأنه حصَل بعدَ وجودِ سببِ المِلْكِ، وهو العَقْدُ.

فإذا صحَّ إبراؤُه: ففي قولِ أبي حَنِيفَةَ: خيارُه علىٰ حالِه، إنْ شاءَ اختار السِّلْعَةَ، وتَكُونُ له بغيرِ ثَمنٍ، وإنْ شاء فسَخ وعاد إلىٰ البائع بغيرِ ثمنٍ، وعندَهما: بَطَلَ [٥/٨١و/م] خيارُه، ولا يَمْلِكُ الفَسْخَ والردَّ؛ لأن مِن مَذْهَبِهما: أنه مَلَكَها، وفي الفَسْخِ والردِّ تمليكٌ منه للبائع بغيرِ بدَلٍ، وهو ليس من أهلِ ذلك. وعندَ أبي حَنِيفَةَ: لَمْ يَمْلِكْ، فيَكُونُ في الفَسْخِ والردِّ امتناعٌ عن التمليكِ.

ولو كان العَقْدُ باتًّا، فبَرِئَ العبدُ المَأْذُونُ عن الثَّمَنِ بإبراءِ البائعِ؛ فليس له أنْ يَرُدَّ السِّلْعَةَ بخيارِ الرُّؤْيَةِ، ولا بخيارِ العَيْبِ بالإجماعِ؛ لأن فيه تمليكًا بغيرِ بدَلٍ، وهو ليس مِن أهْلِه، فلو كان المُشْتَرِي حُرًّا والمسألةُ بحالِها؛ فلَه أنْ يَرُدَّه بخيارِ الشَّرْطِ وإنْ بَرِئَ مِن الثَّمَنِ في قولِهم جميعًا.

أمَّا علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ: فلا يُشْكِلُ؛ لأن مَذْهَبَهُ: أنه يَصِحُّ في العبدِ، ففي الحُرِّ أَوْلَىٰ، وعندَهما: في العبدِ لا يَصِحُّ؛ لأنه ليس مِن أهْلِه، والحُرُّ مِن أهلِه؛ لأنه يَصِحُّ تمليكُه ببدَلٍ أوْ بغيرِ بدَلٍ، وله أنْ يَرُدَّ بخيارِ الرُّؤْيةِ أيضًا قبلَ القَبْضِ وبعْدَه وإنْ بَرِئَ مِن الثَّمنِ؛ لأنه مِن أَهْلِ أنْ يَمْلِكَ بغيرِ بدَلٍ.

وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَرَىٰ ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ ثُمَّ أَسْلَمَ؛ بَطَلَ الْخِيَارُ عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا فَلَا يَمْلِكُ رَدَّهَا وَهُوَ مُسْلِمٌ. وَعِنْدَهُ يَبْطُلُ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمْلِكْهَا فَلَا يَتَمَلَّكُهَا بِإِسْقَاطِ الْخِيَارِ وَهُوَ مُسْلِمٌ.

غاية البيان

ولو وجَدَ به عيْبًا، فأراد أنْ يَرُدَّه بعدَما بَرِئَ مِن الثَّمنِ، فإنه يُنْظَرُ: إنْ كان قبلَ القبضِ؛ فله الردُّ، وإنْ كان بعدَ القبضِ؛ فليس له الردُّ؛ لأن العَيْبَ قبلَ القبضِ لا حِصَّةَ له مِن الثَّمنِ، فكان الردُّ لعدمِ رِضاهُ، وبعدَ القبضِ له حِصَّتُه مِن الثَّمَنِ، فكان الردُّ لأجْلِ حِصَّةِ العَيْبِ؛ لأن البائعَ حَبَس نقصانَ العَيْبِ عندَه، وإنما يَظْهَرُ ذلك عندَ تسليمِ الثَّمنِ، ولا يَظْهَرُ قبْلَهُ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ روايةِ «**شرح الطَّحَاوِيِّ**».

وتمامُه فيه: وذكَر في «**الزيادات**» ـ في بابِ ما يُقْدَرُ علىٰ ردِّه بالعيبِ ـ: «البائعُ إذا أبرَأ المُشْتَرِي عن الثَّمنِ، ثم وجَدَ به عيبًا؛ لا يَرُدُّه، ولا يَرْجِعُ بشيءٍ».

قولُه: (**وَمِنْهَا: إِذَا اشْتَرَىٰ ذِمِّيٌّ مِنْ ذِمِّيٍّ خَمْرًا عَلَىٰ أَنَّهُ** [٧٢/٢و] **بِالْخِيَارِ ثُمَّ أَسْلَمَ؛ بَطَلَ الْخِيَارُ**)، أي: أسلَم المُشْتَرِي.

وجُمْلتُه: ما قال في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»: «في ذِمِّيٍّ اشْتَرَىٰ من ذِمِّيٍّ خمرًا أوْ خنزيرًا، فإن الشِّرَاءَ لا يخلو: إمَّا أنْ يُسْلِما، أوْ أسلَم أحدُهما قبلَ قَبْضِ الخمرِ، أوْ بعدَ قَبْضِه، أمَّا إذا أسلَما، أوْ أسْلَم أحدُهما قبلَ [قبْضِ][2] الخمرِ، أو الخنزيرِ؛ بَطَلَ البَيْعُ في الأحوالِ كلِّها، سواءٌ كان البَيْعُ باتًّا، أوْ بشَرْطِ الخِيارِ لهما، أوْ لأحدِهما؛ لأنَّهما أسلَما والحرامُ غيرُ مَقْبُوضٍ، والإسلامُ يُلاقِي الحُرْمَةَ القائمةَ بالردِّ، والفائتةَ بالعفوِ.

ولو أسلَما، أو أسلَم أحدُهما بعدَ القبضِ، فإنه يُنْظَرُ: إنْ كان العَقْدُ باتًّا لا خِيارَ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق/ ١٦٥].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق١٧٠/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

قَالَ: وَمَنْ شُرِطَ لَهُ الْخِيَارُ؛ فَلَهُ أَنْ يَفْسخَ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، وَلَهُ أَنْ ......

غاية البيان

فيه؛ جاز العَقْدُ، ولا يَبْطُلُ؛ لأنهما أسلَما والحرامُ مَقْبُوضٌ، وإنْ كان العَقْدُ بشَرْطِ الخِيارِ للبائعِ فأسلَم [٥/٨١ظ/م] البائعُ؛ بَطَلَ البَيْعُ؛ لِمَا ذَكَرْنا أن المَبِيعَ لَمْ يَخرُجْ عن مِلْكِه، والإسلامُ منَعَ إخراجَه عن مِلْكِه بالعقدِ.

ولو أسلَم المُشْتَرِي؛ فلا يَبْطُلُ العَقْدُ، وخِيَارُ البَائعِ على حالِه؛ لأن العَقْدَ مِن جانبِ المُشْتَرِي باتٌّ، فإنِ اختار البَائعُ الفَسْخَ؛ عادَتِ الخمرُ إليه، وإنِ اختار الإِجازَةَ؛ صارَتِ الخمرُ للمُشْتَرِي حُكْمًا، والمسلِمُ مِن أهلِ أنْ يَتَمَلَّكَ الخمرَ حُكْمًا، كما يَتَمَلَّكُ بالميراثِ.

وإنْ كان الخِيارُ للمُشْتَرِي، فأسلَم المُشْتَرِي؛ بَطَلَ العَقْدُ في قولِ أبي حَنِيفَةَ رحمه الله، وقالا: تَمَّ العَقْدُ ولا يَبْطُلُ؛ لأن مِن مذهبِ أبي حَنِيفَةَ: أن المُشْتَرِيَ لَمْ يَمْلِكْهُ، فالإسلامُ يَمْنَعُهُ مِن تملُّكِ الخمرِ بالعقدِ، وعندَهُما: مَلَكَهُ، والإسلامُ مَنَعَه عن إخراجِه مِن مِلْكِه.

وإنْ أسلَم البائعُ لا يَبْطُلُ بالإجماعِ، وخِيارُ المُشْتَرِي على حالِه؛ لأن العَقْدَ مِن جانبِ البائعِ باتٌّ، فإنِ اختارَ المُشْتَرِي البَيْعَ صار له، وإنْ فَسَخَ البَيْعَ صار الخمرُ للبائعِ حُكْمًا، والمسلمُ مِن أهلِ أنْ يتملَّكَ الخمرَ حُكْمًا، ولو شرطَ الخِيارَ لهما جميعًا، فإن المَبِيعَ لا يخْرُجُ عن مِلْكِ البائعِ، والثَّمَنُ أيضًا لا يَزُولُ عن مِلْكِ المُشْتَرِي». إلى هنا لَفْظُ روايةِ «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»[1]. وما[2] غيَّرْتُ لفْظَه تبرُّكًا به؛ ولأنه اسْتَوْفَى البيانَ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ شُرِطَ لَهُ الْخِيَارُ؛ فَلَهُ أَنْ يَفْسخَ فِي مُدَّةِ الخِيَارِ، وَلَهُ أَنْ

---

(١) ينظر: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيْجَابِيِّ [ق١٧٠/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

(٢) وقع بالأصل: «وإنما». والمثبت من: «م»، و«غ».

يُجِيزَ، فَإِنْ أَجَازَهُ بِغَيْرِ حَضْرَةِ صَاحِبِه جَازَ، وَإِنْ فَسَخَ لَمْ يَجُزْ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْآخَرُ حَاضِرًا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله. **وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ رحمه الله: يَجُوزُ، وَهُوَ**

غاية البيان

يُجِيزَ، فَإِنْ أَجَازَهُ بِغَيْرِ حَضْرَةِ صَاحِبِه جَازَ، وَإِنْ فَسَخَ لَمْ يَجُزْ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الآخَرُ حَاضِرًا). أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[(١)].

اعلم: أن مَن كان له الخِيارُ ـ سواءٌ كان بائعًا، أوْ مُشْتريًا، أوْ أجنبيًّا ـ فَسَخ العَقْدَ، أوْ أجاز، فإنْ أجازَ جازَ بمِحْضَرٍ مِن صاحبِه أوْ بعِلْمِه، أوْ بغيرِ مَحْضَرٍ منه، وإنْ فَسَخ يَتَوَقَّفُ على عِلْمِ الآخَرِ في المُدَّةِ: إنْ عَلِمَ به في المُدَّةِ يَجُوزُ، وإلا فلا عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ، وعندَ أبي يوسفَ: يَصِحُّ الفَسْخُ بغيرِ عِلمِ الآخَرِ، وهو قولُ الشَّافعيِّ. كذا في «**المختلف**»[(٢)].

وقال فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ في «شرح الجامع الصغير»: «الشَّرْطُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ: عِلْمُ المُشْتَرِي، فإذا نقَض بمِحْضَرٍ منه صحَّ، وإنْ كان غائبًا: فإنْ بلَغَه قبْلَ مُضِيِّ المُدَّةِ؛ انتقضَ البَيْعُ، وإنْ بلَغه بعدَ مُضِيِّ المُدَّةِ؛ فقد تَمَّ البَيْعُ؛ لأن تمامَ المُدَّةِ دلالةُ لزومِ البَيْعِ».

وقال الفقيهُ أبو الليثِ في شرحِه لـ«الجامع الصغير»: رُوِيَ عن أبي يوسفَ في هذا ثلاثُ رواياتٍ: روايةٌ كما قالا[(٣)]، والأُخرىٰ: أن [٥/٨٢و/م] الخِيارَ إذا كان للبائعِ يَجُوزُ بغيرِ مَحْضَرٍ مِن صاحبِه، وإذا كان للمُشْتَرِي لَمْ يَجُزْ؛ لأن الخِيارَ إذا كان للبائع؛ فالمَبِيعُ علىٰ مِلْكِه، وإذا أبقىٰ الشيءَ علىٰ مِلْكِ نفْسِه جاز، وإنْ كان الخِيارُ للمُشْتَرِي خاصَّةً: فقد [٢/٧٢ظ] خرَجَ مِن مِلْكِ البائعِ، فالمُشْتَرِي يَرُدُّه، أراد: تمليكَ البائعِ، فلا يَجُوزُ إلا بمَحْضَرٍ مِن صاحبِه.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٨٠].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٤٦٥/٣].

(٣) وقع بالأصل: «كما قال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

قَوْلُ الشَّافِعِيِّ رَحِمَهُ اللهُ.

غاية البيان

وفي الروايةِ الثالثةِ: يَجُوزُ، سواءٌ كان الخِيارُ للبائعِ، أوْ للمُشْتَرِي؛ لأن الاختيارَ حقُّه». هذا لَفْظُ روايةِ كتابِه.

ولأن مَن له الخِيارُ تصَرَّفَ بتسليطٍ مِن صاحبِه، فجاز تصَرُّفُه بمَحْضَرٍ منه، وبغيرِ مَحْضَرٍ منه كالإجازةِ، [وكَالْوَكِيلِ][1] بالبَيْعِ إذا تصرَّف بغيرِ مَحْضَرٍ مِن مُوكِّلِه جاز؛ لأنه بتسليطِه، فكذا هذا.

والدليلُ على التسليطِ: أنه لا يُشْتَرطُ رضا صاحبِه في الفَسْخِ.

ولنا[2]: أن الفَسْخَ تصَرُّفٌ ممنْ له الخِيارُ في حقِّ من ليس له الخِيارُ، فلا يَجُوزُ بغيرِ مَحْضَرٍ منه، كما في عَزْلِ الوَكيلِ، وإنما قُلناه؛ لأن مَن له الخِيارُ يُرِيدُ بِالْفَسْخِ: إدخالَ المَبيعِ في مِلْكِ البائعِ إذا كان الخِيارُ للمُشْتَرِي، أوْ إدخالُ الثَّمَنِ في مِلْكِ المُشْتَرِي إذا كان الخِيارُ للبائعِ، وهذا لأن المبيعَ كان خارجًا مِن مِلْكِ البائعِ في صورةِ خِيارِ المُشْتَرِي، وكان الثَّمَنُ أيضًا خارِجًا مِن مِلْكِ المُشْتَرِي في صورةِ خِيارِ البائعِ، فبِالْفَسْخِ إذَنْ يَثْبُتُ التصَرُّفُ في حقِّ صاحبِه، فلا يَنْفُذُ عليه دفْعًا للضَّرَرِ والغَرَرِ.

أيضًا بيانُ الضَّررِ والغَررِ: أن المُشْتَرِيَ إذا فَسَخ البيعَ بلا عِلْمِ البائعِ؛ ربَّما لا يَطلُبُ البائعُ لسلعَتِه مُشْتريًا، وفيه نوْعُ ضرَرٍ، وإذا فَسَخ البائعُ بلا عِلْمِ المُشْتَرِي؛ يتصَرَّفُ المُشْتَرِي في المَبيعِ اعتمادًا على البَيْعِ السابقِ، فيغْرَمُ قيمتَه إذا هلَك، وربَّما تَكُونُ القِيمةُ أكثرَ مِن ذلك الثَّمنِ، وفيه الضَّرَرُ والغَرَرُ.

ولَا نُسَلِّمُ أن الفَسْخَ بتسليطِ صاحبِه؛ لأن صاحبَه لا يَمْلِكُ الفَسْخَ، ولا

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «وليس لنا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

....

تسليطَ في شيءٍ لا يَمْلِكُه المُسَلِّطُ، بخلافِ الوَكيلِ بالبَيْعِ فإن المُوَكِّلَ يَمْلِكُه، فصحَّ[١] تسْلِيطُه، ففسَد القياسُ.

ولَا نُسَلِّمُ أن الفَسْخَ كَالْإِجارةِ؛ لأن الإِجَارةَ: إتمامٌ للعَقْدِ السابقِ، فلَمْ يحْتَجْ إلىٰ حضورِ صاحبِه، والفَسْخُ: رَفْعُ العَقْدِ السابقِ الذي تراضَيا عليه، فلهذا شُرِطَ حضورُه، فافترَقا.

ولَئِنْ قال[٢] **أبو يوسفَ:** رفَعَ عَقْدٌ عقْدًا، فلا يُعْتَبرُ حضورُ مَن لا يُعْتَبرُ رضاه كالطلاقِ.

قلنا: يَبْطُلُ ذلك بما إذا قال: إذا حضَر فلانٌ؛ فأنتِ طالقٌ [٥/٨٢ظ/م]؛ [لأن رضاءَ فلانٍ][٣] لا يُعْتَبَرُ في وقوعِ الطلاقِ، ومعَ هذا يُعْتَبرُ حضورُه، وكذا يُعْتَبرُ حضورُ الزوجةِ في اللِّعَانِ، وإنْ لَمْ يُعْتَبرْ رضَاها، ويُعْتَبرُ حضورُ الزوجِ في العُنَّةِ، وإنْ لَمْ يُعْتَبرْ رضاه، وكذا يُعْتَبرُ حضورُ الوكيلِ، والشَّرِيكِ، والمُضَارِبِ في عَزْلِهم، ولا يُعْتَبرُ رضَاهم.

ولذلك لزومُ الأحكامِ الشرعيَّةِ يُعْتَبرُ فيها العلمُ دون الرِّضا، ولا يَلْزَمُ علينا الرجْعةُ بغيرِ حضورِ المرأةِ؛ لأنا لَا نُسَلِّمُ أنها فَسْخٌ، بل هي حقٌّ للزوجِ يَنْفَرِدُ به، وهو استدامةُ مِلْكِ الزوجِ النِّكاحَ، ولا يَلْزَمُ خِيارُ المُعْتَقَةِ إذا اختارَتْ بلا حضورِ الزوجِ؛ لأن المِلْكَ ازداد عليها بالحريَّةِ، حيثُ لَزِمَها المقامُ في منزلِ الزوجِ، فكان لها أنْ تَدْفَعَ تلك الزيادةَ برَفْعِ العَقْدِ، ولا يَلْزَمُ علينا خِيارُ البُلوغِ؛ لأن المرأةَ انفردَتْ بالسببِ الذي استفادَتْ به الخِيارَ، وهو البلوغُ.

---

(١) وقع بالأصل: «المُوَكِّل يملك وصح». والمثبت من: «م»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «ولكن قال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) ما بين المعقوفتين: في «م»: «فإن الرضىٰ».

. . . .

وأمَّا المُخَيَّرَةُ: فلا يُتصَوَّرُ خيارُها بغيرِ حضورِ زوجِها. كذا في «**مختصر الأسرار**».

وكذلك نقولُ في إبراءِ الدُّيُونِ، حيثُ لا يُعْتَبرُ حضورُ المَدْيُونِ؛ لأنه انفرَد بالسببِ الذي وجَبَ به الدَّيْنُ عليه، وهو الغَصْبُ أو الإتلافُ.

ثم يَنْبَغِي لك أنْ تَعْرِفَ: أنَّ شَرْطَ الخِيارِ إذا كان للبائعِ فجوازُ العَقْدِ ونفوذُه بأحدِ مَعانٍ ثلاثةٍ: إمَّا بقولِه: أجزْتُ البَيْعَ في المُدَّةِ، ولا يُشْتَرطُ حضرةُ الآخَرِ، وإمَّا بموتِ البائعِ في المُدَّةِ [٢/٧٣و]؛ لأن الخِيارَ لا يُورَثُ عندَنا، وإمَّا بمُضِيِّ مُدَّةِ الخِيارِ مِن غيرِ فَسْخٍ.

وأمَّا الفَسْخُ: فيَثْبُتُ بالقولِ والفعلِ.

أمَّا القولُ: فقولُه: فسخْتُ البَيْعَ، فإذا قال ذلك؛ انْفَسَخ البَيْعُ بلا رضاءِ المُشْتَرِي، ولا يَحْتَاجُ فيه إلىٰ قضاءِ القاضي، لكن يُشْتَرطُ حضورُه عندَهما، خلافًا لأبي يوسفَ، وقد مَرَّ ذلك.

وأمَّا الفعلُ: فكما إذا تصرَّف في المَبِيعِ في مُدَّةِ الخِيارِ تصرُّفَ المُلَّاكِ، كالإعْتَاقِ، والبَيْعِ، والتقبيلِ[1] ونحوِ ذلك، فإنَّ العَقْدَ يَنْفَسِخُ حُكْمًا، حضَر المُشْتَرِي أوْ لا[2] بالإجماعِ؛ لأن الشيءَ قد يَثْبُتُ حُكْمًا، ولا يَثْبُتُ قصْدًا.

وأمَّا إذا كان الخِيارُ للمُشْتَرِي: فجوازُ العَقْدِ ونفاذُه بالمعاني الثلاثةِ التي ذكَرْناها، وبمعانٍ أُخرىٰ سواها: نحوُ أنْ يصِيرَ المُشْتَرَىٰ في يدِ المُشْتَرِي بحالٍ لا يَمْلِكُ المُشْتَرِي الفَسْخَ علىٰ تلك الحالةِ، كما إذا هلَك المَعْقُودُ عليه، أو انتقَص

---

(١) في «غ»: «والتنقيل».

(٢) وقع بالأصل: «المشتري أولىٰ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

....

في يدِ المُشْتَرِي نُقْصانًا يَسِيرًا، أوْ فاحشًا بفِعْلِ المُشْتَرِي، أوْ بفِعْلِ البائعِ، أوْ بآفةٍ سماويةٍ، أوْ بفِعْلِ الأجنبيِّ، أوْ بفِعْلِ [٥/٨٣و/م] المَعْقُودِ عليه؛ بَطَلَ خيارُه، ونفَذَ البَيْعُ؛ لأن الفَسْخَ إنما يَرِدُ على ما ورَد العَقْدُ عليه، وهو عاجزٌ عن رَدِّه كما قَبَضَ؛ فبَطَل خيارُه ونفَذَ العَقْدُ.

وهذا عندَ أبي يوسفَ كذلك، إلا فيما إذا حصَل النُّقْصَانُ بفِعْلِ البائع؛ حيثُ لا يَبْطُلُ خِيَارُ المُشْتَرِي، إنْ شاء رَدَّه عليه، وإنْ شاء اختارَه وأخَذ مِن البائعِ الأَرْشَ.

ولو زاد المَبِيعُ في يدِ المُشْتَرِي زيادةً مُتَّصِلةً مُتَوَلِّدَةً من الأصلِ، كالحُسْنِ، والجمالِ، والبُرْءِ مِن المرَضِ، وذهابِ البَياضِ مِن العينِ، أوْ ذهابِ الصَّمَمِ وما أشبَه ذلك؛ فإنها مانعةٌ للردِّ والفَسْخِ، وبطَلَ خيارُه، ونَفَذَ البَيْعُ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ.

وقال محمد: لا تمْنَعُ الردَّ، وهو على خيارِه؛ لأن الزيادةَ المتصلةَ لا عبْرَةَ بها في عُقُودِ المُبادَلاتِ عندَه.

وإنْ كانتِ الزيادةُ مُتَّصِلةً غيرَ مُتَوَلِّدةٍ منه؛ كَالصَّبْغِ، والخِياطَةِ، وكَسَوِيقٍ[١] لَتَّهُ بسَمْنٍ[٢]، أوْ كانت أرْضًا فبَنَى فيها، أوْ غرَس فيها، وما أشبَه ذلك؛ فإنها مانعةٌ للردِّ والفَسْخِ، فيَبْطُلُ الخِيَارُ، ويَنْفُذُ العَقْدُ[٣].

وإنْ كانت منفصلةً غيرَ مُتَوَلِّدةٍ منه، كَالْهِبَةِ، والصَّدَقَةِ والكسْبِ، والغَلَّةِ؛ فإنها غيرُ مانعةٍ للردِّ والفَسْخِ، وهو على خيارِه، إلا أنه إذا اختَار البَيْعَ فالزوائدُ له

---

(١) **السَّوِيقُ**: ما يُعْمَلُ من الحِنْطَة والشَّعِير. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) **يقال**: لَتَّ السَّوِيقَ بِسَمْنٍ: إذا خلَطَه به. ينظر: «طِلْبة الطَّلَبة» لأبي حفص النَّسَفِيّ [ص/ ٧٠].

(٣) وقع بالأصل: «وينفذ العتق». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَالشَّرْطُ: هُوَ الْعِلْمُ، وَإِنَّمَا كَنَّىٰ بِالْحَضْرَةِ عَنْهُ.

غاية البيان

معَ الأصلِ، وإذا اختار الفَسْخَ رَدَّ الأصلَ معَ الزوائدِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، خلافًا لهما؛ لأنه لَمْ يَمْلِكِ المَبِيعَ عندَه، وكذا إذا تصَرَّف المُشْتَرِي تصَرُّفَ المُلَّاكِ؛ بَطَلَ خيارُه، ونَفَذَ البَيْعُ.

وأمَّا الفَسْخُ: إمَّا بالقولِ؛ كقولِه: فَسَخْتُ في مُدَّةِ الخِيارِ، وإمَّا بالفعلِ: كما إذا كان الثَّمنُ عيْنًا تصَرَّفَ فيه تصَرُّفَ المُلَّاكِ؛ يَنْفَسِخُ العَقْدُ، سواءٌ كان الآخَرُ حاضرًا أو غائبًا. هذا حاصلُ ما ذَكَر في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**».

ثم لا خلافَ من أصحابِنا: أنه لا يَجُوزُ الفَسْخُ بخيارِ العَيْبِ بغيرِ حضورِ العَاقِدِ الآخَرِ، خلافًا لِلشَّافعيِّ[١]. كذا في «**شرح الأقطع**»؛ لأنه نقْلُ المِلْكِ إلىٰ الغيرِ، ولا يَصِحُّ ذلك بلا تَراضٍ أوْ ولايةٍ، ولَمْ يُوجَدْ واحدٌ منها، فلَمْ يَصِحَّ.

ثم مَن له الخِيارُ إذا مات قبلَ الإِجَازَةِ، أوْ مضَتِ المُدَّةُ قبلَ الإِجَازَةِ؛ لزم البَيْعُ عندَنا، وانْفَسَخ عندَ مالكٍ[٢].

له: أن البَيْعَ وُجِدَ معَ الخِيارِ، وتعذَّر إبقاؤُه، كذلك فينْفَسِخُ.

ولنا: أن المانعَ مِن لزومِ البَيْعِ: الخِيارُ، وقد بَطَلَ الخِيارُ. كذا ذكَر صاحبُ «**المختلف**»[٣].

قولُه [٢/٧٣ظ]: (**وَالشَّرْطُ: هُوَ الْعِلْمُ، وَإِنَّمَا كَنَّىٰ بِالْحَضْرَةِ عَنْهُ**)، أي: عن العِلْمِ، يعني: ذَكَر السببَ وأراد المُسَبَّب؛ لأن الحضورَ سببُ العِلْمِ.

---

(١) **فمذْهبُه**: أن الردَّ بالعيب لا يتوقَّف علىٰ حضور الخصْم أو قضاء القاضي. ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٣/٤٧٨]، و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٤/٢٥١].

(٢) ينظر: «منح الجليل» لعُلَيْش [٥/١٢١]. و«شفاء الغليل في حَلّ مُقْفل خليل» للمكناسي [٢/٦٥٥]. و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٥/١١٣].

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٥٤٥].

له أَنَّهُ مُسَلَّطٌ عَلَىٰ الْفَسْخِ مِنْ جِهَةِ صَاحِبِهِ، فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ عِلْمِهِ كَالْإِجَازَةِ، وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ رِضَاهُ، وَصَارَ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ.

وَلَهُمَا: أَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ الْغَيْرِ وَهُوَ الْعَقْدُ بِالرَّفْعِ، وَلَا يَعْرَىٰ عَنِ الْمَضَرَّةِ؛ لِأَنَّهُ عَسَاهُ يَعْتَمِدُ تَمَامَ الْبَيْعِ السَّابِقِ فَيَتَصَرَّفُ فِيهِ فَيَلْزَمُهُ غَرَامَةُ الْقِيمَةِ بِالْهَلَاكِ فِيمَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْبَائِعِ، أَوْ لَا يَطْلُبُ لِسِلْعَتِهِ مُشْتَرِيًا فِيمَا إِذَا كَانَ الْخِيَارُ لِلْمُشْتَرِي، وَهَذَا نَوْعُ ضَرَرٍ فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ عِلْمِهِ، وَصَارَ كَعَزْلِ الْوَكِيلِ، بِخِلَافِ الْإِجَازَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا إِلْزَامَ فِيهِ، وَلَا نَقُولُ: إِنَّهُ مُسَلَّطٌ، وَكَيْفَ يُقَالُ ذَلِكَ وَصَاحِبُهُ لَا يَمْلِكُ الْفَسْخَ، وَلَا تَسْلِيطَ فِي غَيْرِ مَا يَمْلِكُهُ الْمُسَلِّطُ، وَلَوْ كَانَ فَسَخَ فِي حَالِ غَيْبَةِ صَاحِبِهِ وَبَلَغَهُ فِي الْمُدَّةِ تَمَّ الْفَسْخُ لِحُصُولِ الْعِلْمِ بِهِ، وَلَوْ بَلَغَهُ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ تَمَّ الْعَقْدُ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ قَبْلَ الْفَسْخِ.

قَالَ: وَإِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ بَطَلَ خِيَارُهُ، وَلَمْ يَنْتَقِلْ إِلَىٰ وَرَثَتِهِ.

قولُه [٥/٨٣ظ/م]: (فِي حَقِّ الْغَيْرِ)، أي: في حقِّ مَن ليس له الخِيارُ.

قولُه: (لَا يَطْلُبُ لِسِلْعَتِهِ مُشْتَرِيًا)، أي: مُشْتريًا آخر.

قولُه: (كَعَزْلِ الْوَكِيلِ).

يعني: إذا عزَلَ المُوَكِّلُ الوَكِيلَ قصْدًا؛ يَتَوَقَّفُ العزْلُ علىٰ عِلْمِ الوَكِيلِ، حتَّىٰ لا يَتضرَّر بلزومِ الثَّمَن عليه إذا كان وَكِيلًا بِالشِّرَاءِ، وببُطْلانِ قولِه إذا كان وَكِيلًا بالبَيْعِ، لأنه إذا صار معزولًا، لا يَقعُ شراؤُه عن نفسِه.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ؛ بَطَلَ خِيَارُهُ، وَلَمْ يَنْتَقِلْ إِلَىٰ وَرَثَتِهِ) [أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[١]][٢].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨٠].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: يُورَثُ عَنْهُ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَازِمٌ ثَابِتٌ فِي الْبَيْعِ فَيَجْرِي فِيهِ الْإِرْثُ كَخِيَارِ الْعَيْبِ وَالتَّعْيِينِ.

غاية البيان

وقال الشَّافعيُّ رحمه الله: **يُورَثُ**(١).

والمرادُ بنَفْيِ التوريثِ عندَنا: أن العَقْدَ لا يَنْفَسِخُ بفَسْخِ الوارثِ، كما كان يَنْفَسِخُ بفَسْخِ المُوَرِّثِ حالَ حياتِه. كذا في «**طريقة الخلاف**»(٢).

له: أنه حقٌّ مِن حقوقِ المِلْكِ، فيَجْرِي فيه الإِرْثُ، كَخِيارِ العَيْبِ والرُّؤْيَةِ. كذا في «**المختلف**»(٣). يعني: على أصلِنا؛ لأن شِراءَ ما لَمْ يرَه لا يَجُوزُ عندَ الشَّافعيِّ، فلا يَتَأَتَّى انتقالُ الخِيارِ إلى الوَارثِ. أَوْ نقولُ: له قولان في شِراءِ ما لَمْ يَرَهُ(٤). كذا في «**شرح الأقطع**».

وكَخِيارِ التَّعْيين، فإنه يُورَثُ، فكذا هذا، كما إذا اشْتَرَى أحدَ الثوبَيْن على أن المُشْتَرِيَ بِالخِيارِ في أحدِهما، يأخُذُ أيَّهما شاء بثَمَنٍ معلومٍ، ويرُدُّ الآخَرَ.

ولنا: أن الإِرْثَ إنما يَكُونُ فيما يُتصَوَّرُ انتقالُه، لا فيما [لا](٥) يُتصَوَّرُ انتقالُه، والخِيارُ لا يُتصَوَّرُ انتقالُه، فلا يَجْرِي فيه الإِرْثُ.

وإنما قلنا: إن الإِرثَ فيما يُتصَوَّرُ انتقالُه: بدليلِ أن سائرَ تصرُّفاتِ المُوَرِّثِ

---

(١) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٣/٤٤١]، و«الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٥/٥٧]. و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٣/١٠٤].

(٢) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/ ٣٣٢].

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٥٣٤].

(٤) وهذا هو الصواب، فإن للشافعي قولين في بيع العين الموصوفة الغائبة، والمذهب الجديد: هو بطلان البيع. ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٥/١٤]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/١٥]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٤/٥١].

(٥) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

....

من القُدرةِ والعِلْمِ ونحوِ ذلك لا تُورَثُ، وكذا منكوحتُه [لا تُورَثُ][1].

وإنما قُلنا: إن الخِيارَ لا يُتصَوَّرُ انتقالُه: لأن خِيارَ مَن له الخِيارُ عبارةٌ عن مَشِيئَتِه وإرادتِه في الفَسْخِ والإِجازةِ، ومَشِيئتُه قد انقطعَتْ بالموتِ كسائرِ صفاتِه، فلَمْ يَجُزِ الإِرْثُ في الخِيارِ.

ولأنه مُدَّةٌ مضروبةٌ في عَقْدِ البَيْعِ، فيَبْطُلُ بالموتِ كالأَجَلِ، ولا يَلْزَمُ المُكَاتَبُ إذا مات وخَلَّفَ ولداً وُلِدَ في الكِتَابةِ، حيثُ تَنتَقِلُ إليه الكِتَابةُ مَعَ الأَجلِ والتَّنْجِيمِ، لأنا قلنا: «في عَقْدِ البَيْعِ»، فخرَجَ به ذلك، ولأن انتقالَ الكِتَابةِ إلىٰ الولدِ بسبيلِ السِّرَايةِ، لا بسبيلِ الإِرْثِ؛ لأن المُكَاتَبَ لا يُورَثُ.

أوْ نَقُولُ: خِيارٌ[2] ليس بمالٍ، ولا يَئُولُ إلىٰ مالٍ، ولا وثيقةَ، فلا يَنْتَقِلُ إلىٰ الوَارثِ، كَخِيارِ القَبُولِ، ولا يَلْزَمُ خِيارُ الصِّفةِ، وهو ما إذا اشْتَرَىٰ علىٰ أنه خِيارٌ؛ لأن فيه معنىٰ المالِ، ولا يَلْزَمُ الرَّهْنُ، والكَفَالةُ، والضَّمانُ، حيثُ يُورَثُ الرَّهْنُ، والكَفَالةُ، والضَّمانُ؛ لأن فيه وثيقةً ومعنَىٰ المالِ، وكذلك القِصَاصُ يَئُولُ إلىٰ مالٍ، ولأنه خِيارُ شَرْطٍ، فلا يَنْتَقِلُ إلىٰ ورثةِ العَاقِدِ؛ كَالْوَكِيلِ إذا شرَطَ لنَفْسِه.

[٥/٨٤و/م] **والجوابُ عمَّا قال[3] فنَقُولُ:** لَا نُسَلِّمُ أنه حقٌّ مِن حقوقِ المِلْكِ، بل هو مُدَّةٌ مضروبةٌ في العَقْدِ، ولَا نُسَلِّمُ أن خِيارَ العَيْبِ والرُّؤْيَةِ يَثْبُتُ للوَارثِ بطريقِ الإِرْثِ، بل يَثْبُتُ له ابتداءً؛ لأن ذلك الخِيارَ لَمْ يَثْبُتْ لمصلحةٍ تَتَعَلَّقُ بذاتِ المِلْكِ؛ لأن المِلْكَ ثابتٌ، وإنما يَثْبُتُ لاستيفاءِ مصلحةٍ تعلَّقَتْ بالجزءِ الفائتِ بالعيبِ، أوْ لعدمِ الرُّؤْيةِ، فكان الخِيارُ للوَارثِ ابتداءً، كما كان للمُوَرِّثِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) وقع في «غ»: «خياره».

(٣) يعني: الشافعي رحمه الله.

وَلَنَا: أَنَّ الْخِيَارَ لَيْسَ إِلَّا مَشِيئَةً وَإِرَادَةً وَلَا يَتَصَوَّرُ انْتِقَالُهُ، وَالْإِرْثُ فِيمَا

أمَّا خِيَارُ الشَّرْطِ: فإنما يَثْبُتُ لمصلحةٍ تتعَلَّقُ بنفسِ العَقْدِ، وإن ثبوتَ المِلْكِ له في المَبِيعِ بهذا العِوَضِ، هل هو مصلحةٌ أمْ لا؟ والعَقْدُ قولٌ قد مضَىٰ، فلا يُتصَوَّرُ الانتقالُ، والغرضُ[1] الذي هو التأمُّلُ مِن الخِيارِ بَطَلَ؛ لبُطلانِ أهْليةِ التأمُّلِ بالموتِ [٢/٧٤و]؛ لأن الموتَ يُنَافِي الأهْليةَ، فلَمَّا بَطَلَ لزم المِلْكُ بالسببِ السابقِ المُوجِبِ للمِلْكِ، وارتفاعِ ما يَمْنَعُ المِلْكَ ـ وهو الخِيارُ ـ فبطَلَ القولُ بالإرْثِ.

أوْ نَقُولُ: إن خِيارَ الرُّؤْيَةِ ممنوعٌ، أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما قال في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»: وخِيارُ الرُّؤْيَةِ لا يُورَثُ حتىٰ إن المُشْتَرِيَ لو مات قبلَ الرُّؤْيَةِ؛ فليس لورثَتِه الردُّ.

وقد نقَل علاءُ الدين العالمُ في «**طريقة الخلاف**»: عن الكَرْخِيِّ عن أصحابِنا: أنه لا يُورَثُ[2]، وكذلك قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[3]، في بابِ خِيارِ الرُّؤْيَةِ.

والجوابُ عن خِيارِ التَّعْيِينِ فنَقُولُ: ثبَتَ ذلك للوَارثِ ابتداءً، لا بسبيلِ الإرْثِ. أعني: أنه بَطَلَ ذلك الخِيارُ الأوَّلُ، وتجدَّد للوَارثِ خِيارٌ آخَرُ حُكْمًا؛ لاختلاطِ تمَلُّكِه بمِلْكِ غيرِه، أَلَا تَرَىٰ أن المُوَرِّثَ كان له أنْ يَفْسَخَ، وكان خيارُه مُؤَقَّتًا، والوَارِثُ ليس له الفَسْخُ، وليس خيارُه بمُؤَقَّتٍ، والباقي يُعْلَمُ في «**الأسرار**»، و«**طريقة الخلاف**»[4]، إنْ شاء اللهُ تعالىٰ.

قولُه: (لَيْسَ إِلَّا مَشِيئَةً وَإِرَادَةً). بنَصْبِهما بسبيلِ البدَلِ عن خبرِ[5] «ليس».

---

(١) وقع بالأصل: «والعوض». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) لَمْ نظْفر بهذا النقل في مظانه مِن: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي، وقد ظهر لنا بالتتبع: أن كثيرًا مما يَحْكيه المؤلفُ عن «طريقة الخلاف» ليس موجودًا في المطبوعِ مِن الكتاب، فإمَّا أنْ يُكون الأصلُ الذي طُبِعَ عليه الكتابُ ناقصًا في مواطن، أوْ يكون هذا مِن قَبِيل اختلاف النُّسَخ.

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨١].

(٤) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/ ٣٣٢ ـ ٣٣٤].

(٥) وقع بالأصل: «خير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

يَقْبَلُ الِانْتِقَالَ. بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ؛ لِأَنَّ الْمُوَرِّثَ اسْتَحَقَّ الْمَبِيعَ سَلِيمًا فَكَذَا الْوَارِثُ، أَمَّا نَفْسُ الْخِيَارِ لَا يُورَثُ، وَخِيَارُ التَّعْيِينِ يَثْبُتُ لِلْوَارِثِ ابْتِدَاءً لِاخْتِلَاطِ مِلْكِهِ بِمِلْكِ الْغَيْرِ لَا أَنْ يُورَثَ الْخِيَارُ.

قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ وَشَرَطَ الْخِيَارَ لِغَيْرِهِ، فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ، وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انْتَقَضَ.

غاية البيان

أي: ليس الخِيارُ [شيئًا][1] إلا مَشيئةً، وقد مَرَّ بيانُ كونِ الخِيارِ مَشِيئَةً.

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ وَشَرَطَ الْخِيَارَ لِغَيْرِهِ، فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ، وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انْتَقَضَ). أي: قال في «**الجامع الصغير**»[2].

اعلم: أن أحدَ العَاقِدَيْنِ إذا اشتَرَطَ الخِيارَ لغيرِهما؛ كان البَيْعُ جائزًا بهذا الشَّرْطِ عندَ علمائِنا الثلاثةِ.

وقال زُفرُ: لا يَجُوزُ البَيْعُ بهذا الشَّرْطِ، وهو القياسُ؛ لأن الخِيارَ حُكْمٌ مِن أحكامِ العَقْدِ، [فلا يَجُوزُ شرْطُه لغيرِ العَاقدِ. أعني: أن الخِيارَ إذا اشْتُرِطَ يَكُونُ حُكْمًا مِن أحكامِ العَقْدِ][3]، وواجبًا مِن مَواجِبِهِ، فلا يَصِحُّ اشتراطُ [٥/٨٤ظ/م] حُكْمِ العَقْدِ لغيرِ العَاقِدِ، كاشتراطِ المِلْكِ لغيرِه، أو اشتراطِ الثَّمَنِ علىٰ غيرِه.

وجهُ الاستحسانِ: أن شَرْطَ الخِيارِ لغيرِ العَاقِدِ لَمْ يَثْبُتْ بطريقِ الأصالةِ، بل بطريقِ النِّيابَةِ عن العَاقِدِ اقتضاءً تصحيحًا لتصرُّفِ العَاقِدِ علىٰ حسبِ الإمكانِ، فكأنه اشترَط الخِيارَ لنفسِه أوَّلًا، ثم جعَلَ الأجنبيَّ نائبًا عن نفسِه، فكان ثبوتُ الخِيارِ للعَاقِدِ مقتضَىٰ صحَّةِ ثبوتِ الخِيارِ للأجنبيِّ، وزُفرُ لا يَقُولُ بالاقتضاءِ.

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٣].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَأَصْلُ هَذَا أَنَّ اشْتِرَاطَ الْخِيَارِ لِغَيْرِهِ جَائِزٌ؛ اسْتِحْسَانًا، وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَجُوزُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ مِنْ مَوَاجِبِ الْعَقْدِ وَأَحْكَامِهِ، فَلَا يَجُوزُ اشْتِرَاطُهُ لِغَيْرِهِ كَاشْتِرَاطِ الثَّمَنِ عَلَىٰ غَيْرِ الْمُشْتَرِي.

غاية البيان

ولهذا قال[1] **في قولِ الرَّجُلِ**: أعتِقْ عبدَكَ عنِّي علىٰ ألفِ درهمٍ، فقال: أعتقْتُه؛ يَقَعُ العِتْقُ عن المَأْمُورِ، والْوَلَاءُ له، ولا يَلْزَمُ الألفُ، وعندَنا: يَعْتِقُ عن الآمِرِ والْوَلَاءُ له، ويَلْزَمُهُ الألفُ، وهي مسألةُ «**المختلف**»[2].

ثم لَمَّا جاز البَيْعُ بهذا الشَّرْطِ عندَنا؛ فالشارطُ أو المشروطُ له الخِيارُ أَيُّهُما أجاز البَيْعَ جاز، وأَيُّهُما فَسَخَ البَيْعَ بحَضْرةِ العاقدِ الآخَرِ؛ انْفَسَخَ البَيْعُ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَمْلِكُ التصرُّفَ بانفرادِه، أَمَّا إذا أجاز أحدُهما وفَسَخَ الآخرُ؛ فالسابقُ أَوْلَىٰ، فسْخًا كان أوْ إجازَةً.

وأمَّا إذا خرَج الكلامان معًا: ففي روايةِ كتابِ البيوعِ: تصرُّفُ العاقدِ أَوْلَىٰ، نقَضَ أوْ أجاز. وفي روايةِ كتابِ المَأْذُونِ: النقضُ أَوْلَىٰ، فعلَه الوَكِيلُ أو المُوَكِّلُ.

قال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ[3]: «الصحيحُ ما ذُكِر من روايةِ المَأْذُونِ».

وجهُ روايةِ كتابِ البيوعِ ـ وهو المرادُ من قولِه: **(وَجْهُ الْأَوَّلِ)** في المتنِ ـ: أنَّ تصرُّفَ العاقدِ تصرُّفٌ بولايةِ المِلْكِ، فلا يُعارضُها ولايةُ النِّيابةِ مِن الأجنبيِّ. **قالوا**: هذا قولُ محمَّدٍ.

ووجهُ روايةِ المَأْذُونِ ـ وهو المرادُ من قولِه: **(وَجْهُ الثَّانِي)** في المتنِ ـ: أن الوَكِيلَ نائبٌ مَنابَ المُوَكِّلِ، فصار كأنه هو، فاستَويا، فطُلِبَ الترجيحُ مِن حالِ

---

(١) **يعني**: زُفَر رَحِمَهُ اللَّهُ.

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١١٦٨/٣].

(٣) ينظر: «المبسوط» للسرخسيِّ [٤٩/١٣].

وَلَنَا: أَنَّ الْخِيَارَ لِغَيْرِ الْعَاقِدِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا [٦/ظ] بِطَرِيقِ النِّيَابَةِ عَنِ الْعَاقِدِ؛ فَيُقَدَّمُ الْخِيَارُ لَهُ اقْتِضَاءً، ثُمَّ يُجْعَلُ هُوَ نَائِبًا عَنْهُ تَصْحِيحًا لِتَصَرُّفِهِ، وَعِنْدَ ذَلِكَ يَكُونُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْخِيَارُ، فَأَيُّهُمَا أَجَازَ جَازَ، وَأَيُّهُمَا نَقَضَ انْتَقَضَ.

لَوْ أَجَازَ أَحَدُهُمَا وَفَسَخَ الْآخَرُ يُعْتَبَرُ السَّابِقُ لِوُجُودِهِ فِي زَمَانٍ لَا يُزَاحِمُهُ فِيهِ غَيْرُهُ، وَلَوْ خَرَجَ الْكَلَامَانِ مِنْهُمَا مَعًا يُعْتَبَرُ تَصَرُّفُ الْعَاقِدِ فِي رِوَايَةٍ وَتَصَرُّفِ

غاية البيان

التصَرُّفِ[1]، وهو قوَّتُه، والنقضُ [٢/٧٤ظ] يَنْسَخُ الإجازةَ، والإجازةُ لا تَنْسَخُ النقْضَ، فكان النقْضُ أَوْلَىٰ. **قالوا:** هذا قولُ أبي يوسفَ رحمه الله.

واستُخْرِجَ ذلك من مسألةٍ ذَكَرها في: «النوادر» ـ في الوَكيلِ ببَيْعِ العبدِ إذا خرَج بَيْعُه إيَّاه مِن رَجُلٍ، وبَيْعُ[2] المُوَكِّل إيَّاه مِن آخرَ معًا ـ: أن بَيْعَ المُوَكِّلِ أَوْلَىٰ عندَ محمَّدٍ، وعندَ أبي يوسفَ: يُجْعَلُ نِصفَيْن، ويُخَيَّرُ كلُّ واحدٍ منهما: إنْ شاء أخذ النِّصْفَ بنِصْفِ الثَّمنِ، وإنْ شاء نقَضَ البَيْعَ.

قولُه: (وَشَرَطَ الْخِيَارَ لِغَيْرِهِ)، أي: لغيرِ المُشْتَرِي، وهو غيرُ البائعِ أيضًا.

قولُه: (فَأَيُّهُمَا أَجَازَ)، أي: مِن المُشْتَرِي [٥/٨٥و/م]، ومِن المشروطِ له الخِيارُ.

قولُه: (لَهُ اقْتِضَاءً)، أي: للعاقدِ.

قولُه: (يُجْعَلُ هُوَ نَائِبًا عَنْهُ)، أي: يُجْعَل مَن له الخِيَارُ نائبًا عن العاقدِ.

قولُه: (لِتَصَرُّفِهِ)، أي: لتصرُّفِ العاقدِ.

قولُه: (وَعِنْدَ ذَلِكَ)، أي: عندَ تقديمِ الخِيارِ للعاقدِ اقتضاءً[3].

قولُه: (فِي رِوَايَةٍ)، أي: في روايةِ كتابِ البيوعِ.

(١) وقع بالأصل: «الصرف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «ويبيعه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) وقع بالأصل: «أيضًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

الْفَاسِخِ فِي أُخْرَىٰ. وَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّ تَصَرُّفَ الْعَاقِدِ أَقْوَىٰ؛ لِأَنَّ النَّائِبَ يَسْتَفِيدُ الْوِلَايَةَ مِنْهُ. وَجْهُ الثَّانِي أَنَّ الْفَسْخَ أَقْوَىٰ؛ لِأَنَّ الْمَجَازَ يَلْحَقُهُ الْفَسْخُ وَالْمَفْسُوخُ لَا يَلْحَقُهُ الْإِجَازَةُ، فَلَمَّا مَلَكَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا التَّصَرُّفَ رَجَّحْنَا بِحَالِ التَّصَرُّفِ. وَقِيلَ: الْأَوَّلُ قَوْلُ مُحَمَّدٍ، وَالثَّانِي قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ، وَاسْتِخْرَاجُ ذَلِكَ مِمَّا إِذَا بَاعَ الْوَكِيلُ مِنْ رَجُلٍ وَالْمُوَكِّلُ مِنْ غَيْرِهِ مَعًا؛ فَمُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللهُ يَعْتَبِرُ فِيهِ تَصَرُّفَ الْمُوَكِّلِ، وَأَبُو يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ يَعْتَبِرُهُمَا.

قَالَ: وَمَنْ بَاعَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ، فَإِنْ بَاعَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِ مِئَةٍ عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ؛ جَازَ الْبَيْعُ.

غاية البيان

قولُه: (فِي أُخْرَىٰ)، أي: في روايةٍ أخرَىٰ، وهي روايةُ المَأْذُونِ.

قولُه: (وَجْهُ الْأَوَّلِ)، أي: وَجْهُ اعتبارِ تَصَرُّفِ العاقدِ، وهي روايةُ كتابِ البيوعِ.

قولُه: (وَجْهُ الثَّانِي)، أي: وَجْهُ اعتبارِ الفسْخِ، وهي روايةُ المَأْذُونِ.

قولُه: (يَعْتَبِرُهُمَا)، أي: يَعْتَبِرُ تصرُّفَ المُوَكِّلِ وتصرُّفَ الوكيلِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ بَاعَ عَبْدَيْنِ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ، فَإِنْ بَاعَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِ مِئَةٍ عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فِي أَحَدِهِمَا بِعَيْنِهِ؛ جَازَ الْبَيْعُ). وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**»[1] المعادةِ.

وهي علىٰ أربعةِ أوَجْهٍ: في ثلاثةِ أوَجْهٍ منها: البَيْعُ فَاسِدٌ، وفي وَجْهٍ واحدٍ جائزٌ.

أمَّا الثلاثةُ: فأحدُها: ألَّا يُفَصِّلَ الثَّمَنَ، ولا يُعَيِّنَ مَن فيه الخِيارُ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٤].

وَالْمَسْأَلَةُ عَلَىٰ أَرْبَعَةِ أَوْجُهٍ:

أَحَدُهَا: أَلَّا يُفَصِّلَ الثَّمَنَ وَلَا يُعَيِّنَ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ وَهُوَ الْوَجْهُ الْأَوَّلُ فِي الْكِتَابِ، وَفَسَادُهُ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ وَالْمَبِيعِ؛ لِأَنَّ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ كَالْخَارِجِ عَنِ الْعَقْدِ، إِذِ الْعَقْدُ مَعَ الْخِيَارِ لَا يَنْعَقِدُ فِي حَقِّ الْحُكْمِ، فَبَقِيَ الدَّاخِلُ فِيهِ أَحَدُهُمَا وَهُوَ غَيْرُ مَعْلُومٍ.

وَالْوَجْهُ الثَّانِي: أَنَّ يُفَصِّلَ الثَّمَنَ وَيُعَيِّنَ الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ ثَانِيًا فِي الْكِتَابِ، وَإِنَّمَا جَازَ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مَعْلُومٌ وَالثَّمَنُ مَعْلُومٌ، وَقَبُولُ الْعَقْدِ فِي الَّذِي فِيهِ الْخِيَارُ، وَإِنْ كَانَ شَرْطًا لِانْعِقَادِهِ فِي الْآخَرِ لَكِنْ هَذَا غَيْرُ مُفْسِدٍ لِلْعَقْدِ لِكَوْنِهِ مَحِلًّا لِلْبَيْعِ، كَمَا إِذَا جَمَعَ بَيْنَ قِنٍّ وَمُدَبَّرٍ.

غاية البيان

وثانيها: أن يُفَصِّلَ الثَّمنَ، ولا يُعَيِّنَ مَن فيه الخِيارُ.

وثالثُها: أن يُعَيِّنَ مَن فيه الخيارُ، ولا يُفَصِّلَ الثَّمنَ.

وأمَّا الوَجْهُ الذي البيعُ فيه جائزٌ: فهو أن يُفَصِّلَ الثَّمنَ، ويُعَيِّنَ مَن فيه الخيارُ.

أمَّا الوَجْهُ الأوَّلُ: فإنما فسَد العَقْدُ لجهالةِ المبيعِ والثَّمَنِ جميعًا، وهذا لأن البَيْعَ بشَرْطِ الخِيارِ لا يَنْعَقِدُ في حقِّ الحُكْمِ، بل هو مَوْقُوفٌ في حقِّ الحُكْمِ إلىٰ وَقْتِ سقوطِ الخِيارِ، فيَنْعَقِدُ حينئذٍ؛ لِمَا أن الخِيارَ داخلٌ في الحُكْمِ دونَ السببِ، فيُمْنَعُ الحُكْمُ دونَ السببِ، وقد عُرِفَ ذلك في الأصولِ.

فلَمَّا كان الذي فيه الخِيارُ ليس بداخلٍ في الحُكْمِ؛ بقِيَ الذي ليس فيه الخِيارُ مُفْردًا في الحُكْمِ، وهو مجهولٌ، وثمنُه مجهولٌ، فيفْسُدُ البَيْعُ، كما في بَيْعِ أحدِ العبدَيْن، وكما في البَيْعِ بثَمنٍ بطريقِ الحِصَّةِ ابتداءً.

وأمَّا الوَجْهُ الثاني: فإنما فسَد البَيْعُ فيه لجهالةِ المَبِيعِ، وهذا لِمَا قُلْنَا: إن الذي

وَالثَّالِثُ: أَنْ يُفَصِّلَ وَلَا يُعَيِّنَ.

وَالرَّابِعُ: أَنْ يُعَيِّنَ وَلَا يُفَصِّلَ، وَالْعَقْدُ فَاسِدٌ فِي الْوَجْهَيْنِ: إِمَّا لِجَهَالَةِ الْمَبِيعِ أَوْ لِجَهَالَةِ الثَّمَنِ.

غاية البيان

فيه الخِيارُ ليس بداخلٍ في حُكْمِ العَقْدِ، فَبَقِيَ الآخَرُ مُفْرَدًا، وهو مجهولٌ.

وأمَّا الوَجْهُ الثالثُ: فإنما فسَد البَيْعُ فيه لجهالةِ الثَّمَنِ، لِمَا أن مَن فيه الخِيارُ ليس بداخلٍ في الحُكْمِ، فيَبْقَى الآخرُ مفردًا، وثمنُه مجهولٌ.

وأمَّا الوَجْهُ الأخيرُ: فإنما جاز البَيْعُ فيه؛ لأن المَبِيعَ معلومٌ، والثَّمنُ معلومٌ؛ لأنه عَيَّنَ مَن فيه الخِيارُ حيثُ قال: على أني بِالخِيارِ في هذا، وفَصَّلَ الثَّمنَ أيضًا؛ لأنه باع كلَّ واحدٍ منهما بخمسِ مئةِ [٥/٨٥ظ/م] درهمٍ.

يَبْقَى هنا سُؤَالٌ مُقَدَّرٌ: بأنْ يُقَالَ: سَلَّمْنا أن البَيْعَ لا يَفْسُدُ مِن جهةِ الجهالةِ، ولكن يَنْبَغِي أنْ يَفْسُدَ مِن جهةٍ أُخرَى، وهي أنه جعلَ قَبُولَ العَقْدِ في الذي فيه الخِيارُ، وهو غيرُ داخلٍ في الحُكْمِ شرْطًا؛ لانعقادِ العَقْدِ في الذي ليس فيه الخِيارُ، كما إذا جمعَ بينَ قِنٍّ وَحُرٍّ، حيثُ لا يَجُوزُ البَيْعُ وإنْ فَصَّلَ الثَّمَنَ.

والجوابُ: أن الذي فيه الخِيارُ داخلٌ في العَقْدِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ داخلًا في الحُكْمِ؛ لأن الخِيارَ لا يَمْنَعُ السببَ، وهو محلٌّ للبَيْعِ، فصار كما إذا جمَع بينَ قِنٍّ ومُدبَّرٍ وباعَهُما بألفِ درهمٍ؛ نَفَذَ البَيْعُ في القِنِّ بحِصَّتِه مِن الثَّمنِ، وإنْ كان قَبُولُ العَقْدِ في المُدبَّرِ شرْطًا؛ لانعقادِ العَقْدِ في [٢/٧٥و] القِنِّ، لِمَا أن المُدَبَّرَ داخلٌ في العَقْدِ؛ لكونِه مالًا.

أَلَا تَرَى أن القاضيَ لو قضَى بجوازِ بَيْعِه جاز، فكان القَبُولُ شرْطًا صحيحًا، فكذا ما نحن فيه، بخلافِ الحُرِّ؛ فإنه ليس بداخلٍ في العَقْدِ أصلًا؛ لأنه ليس

وَمَنِ اشْتَرَىٰ ثَوْبَيْنِ عَلَىٰ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ بِعَشْرَةٍ، وَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَكَذَا الثَّلَاثَة، فَإِنْ كَانَتْ أَرْبَعَةَ أَثْوَابٍ؛ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ.

غاية البيان

بمالٍ، فكان قبولُه شرْطًا فاسدًا، فيَبْطُلُ البَيْعُ، وفي الجمْعِ بينَ قِنٍّ ومُدَبَّرٍ خلافُ زُفَرَ، وسيَجِيءُ بيانُه - إن شاء اللهُ تعالىٰ - في آخرِ بابِ البَيْعِ الفَاسدِ.

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ ثَوْبَيْنِ عَلَىٰ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ بِعَشْرَةٍ، وَهُوَ بِالْخِيَارِ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ؛ فَهُوَ جَائِزٌ، وَكَذَا الثَّلَاثَة، فَإِنْ كَانَتْ أَرْبَعَةَ أَثْوَابٍ؛ فَالْبَيْعُ فَاسِدٌ). وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**»[(١)].

اعلم: أنه إذا اشْتَرَىٰ أحدَ الثوبَيْنِ، أوْ أحدَ الأثوابِ الثلاثةِ، وَبَيَّن ثَمنَ كلِّ واحدٍ منهما علىٰ حِدَةٍ - وثَمَنُ الكلِّ متفقٌ أوْ مختلفٌ - علىٰ أن يَأْخُذَ المُشْتَرِي أيَّ ثوبٍ شاء، وهو بِالخِيارِ ثلاثةَ أيَّامٍ؛ جاز استحسانًا.

والقياسُ: ألَّا يَجُوزَ، كما إذا اشْتَرَىٰ أحدَ الأثوابِ الأربعةِ؛ لجهالةِ المَبيع، وهو قولُ زُفَرَ والشَّافعيِّ. ذكَر قولَ زُفَرَ: في «**الشامل**»، وقولَ الشَّافعيِّ[(٢)]: في «**الإيضاح**».

وجهُ الاستحسانِ: أن شرْطَ الخِيارِ - وإنْ كان يُخَالِفُ مُقْتَضَىٰ العَقْدِ - شُرِعَ لحاجةِ النَّاسِ إلىٰ الخِيارِ؛ دفعًا لِلْغَبْنِ باختيارِ ما هو الأَرْفَقُ والأَوْفَقُ، ومِثْلُ تلك الحاجةِ موجودةٌ فيما نحن فيه، فكان في معنىٰ ما ورَد به النصُّ، فجُوِّزَ البَيْعُ للحاجةِ؛ لأن الإنسانَ قد يَحْتَاجُ [٥/٨٦و/م] إلىٰ زوْجِ خُفٍّ ونحوِ ذلك، ولا يتَيَسَّرُ له أنْ يَخْرُجَ إلىٰ السُّوقِ بنفسِه، بأنْ يَكُونَ من الرؤساءِ، أوْ من الدَّهَاقينِ[(٣)]، أوْ من

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٤ - ٣٤٥].

(٢) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٣/٣٦٠]، و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٣/٢٦]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٤/٤١].

(٣) **الدَّهَاقين:** جَمْع الدِّهْقان: وهو رئيسُ القرية، أو القويُّ علىٰ التصرُّف مع شدة خِبْرة. وكذا مَن=

وَالْقِيَاسُ أَنْ يَفْسَدَ الْبَيْعُ فِي الْكُلِّ لِجَهَالَةِ الْمَبِيعِ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ وَالشَّافِعِيِّ رحمهما الله. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ شَرْعَ الْخِيَارِ لِلْحَاجَةِ إِلَىٰ دَفْعِ الْغَبْنِ لِيَخْتَارَ مَا هُوَ الْأَرْفَقُ وَالْأَوْفَقُ، ....

غاية البيان

النساءِ في البيوتِ، فيَحمِلُ إليه مَن يَقُومُ مقامَه في الشِّرَاءِ مِن الأنواعِ الثلاثةِ: الجَيِّدِ، والوسَطِ، والرَّدِيءِ، حتَّىٰ يَخْتَارَ هو ما يُوافِقُهُ[1]، والبائعُ ربما لا يُمَكِّنُه مِن الحَمْلِ بلا بَيْعٍ، فكانت الحاجةُ ماسَّةً إلىٰ مِثْلِ هذا البَيْعِ، فجاز.

ولَمْ يَجُزْ في الأكثرِ من الثلاثِ: لاندفاعِ الحاجةِ بما دونَ ذلك؛ لاشتمالِ الثلاثةِ علىٰ جميعِ الأنواعِ، والجهالةُ ليسَتْ بمُفْضِيةٍ إلىٰ المُنَازعةِ؛ لأن مَن له الخِيارُ ـ وهو المُشْتَرِي ـ فُوِّضَ إليه الأمرُ يَأْخُذُ أيَّ ذلك شاء، إلا أن الحاجةَ لَمَّا لَمْ تَكُنْ موجودةً في الأكثرِ؛ لَمْ يَجزِ البَيْعُ وإنِ انعدمَتِ المُنَازَعةُ فيه بتَعْيينِ مَن له الخِيارُ، فبَقِيَ علىٰ أصلِ القياسِ؛ لأن الرخصةَ في جوازِ هذا البَيْعِ كانت بالأمرَيْنِ:

بوجودِ الحاجةِ.

وانعدامِ الجهالةِ المُفْضِيَةِ إلىٰ المُنَازَعَةِ.

وانعدامُ الجهالةِ المذكورةِ وإنْ تحقَّق لَمْ تَتَحقَّقِ الحاجةُ، فلَمْ تَثْبُتِ الرخصةُ؛ لفواتِ شَرْطِ العِلَّةِ، فلَمَّا كانتِ العادةُ جاريةً بينَ الناسِ في الثلاثةِ؛ جاز البَيْعُ فيها استحسانًا، وتُرِكَ القياسُ لتعاملهم، وفي الأكثر لَمْ يَجُز البَيْعُ قياسًا واستحسانًا.

ولأنَّ اللهَ تعالىٰ ذَكَر الخِيارَ في ثلاثةِ أشياءَ: في كفَّارةِ اليَمينِ، وجزاءِ الصيدِ، وكفَّارةِ الأذىٰ، فلَمَّا كان للثلاثةِ أثرٌ في كتابِ اللهِ تعالىٰ؛ استحْسَنَّا في الثلاثةِ، وفيما زاد عليها أخَذْنا بالقياسِ.

= له مالٌ وعَقارٌ. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٣٠٠].

(١) وقع بالأصل: «هو يوافقه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

....

ثم لَمَّا جاز البَيْعُ بهذا الشَّرْطِ؛ فللمُشْتَرِي الخِيارُ إنْ شاء أخَذ أحدَ الثوبَيْن ولزِمه ثمنُه، والآخرُ عندَه أمانةٌ، وإنْ شاء ردَّهما جميعًا، وليس له أخْذُهما جميعًا؛ لأن المَبِيعَ أحدُهما لا غيْرَ.

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «في هذا البَيْعِ خياران للمُشْتَرِي: أحدُهما: خِيَارُ تمييزِ المَبِيعِ مِن الأَمانةِ، والثاني: خِيَارُ الشَّرْطِ، إلا أن خِيارَ الشَّرْطِ منهما مُؤَقَّتٌ إلىٰ ثلاثةِ أيَّامٍ في قولِ أبي حنيفةَ، وعندَهما: غيرُ مُؤَقَّتٍ بالثلاثِ [٥/٨٦ظ/م]، وخِيَارُ التمييزِ غيرُ مُؤَقَّتٍ»، وهكذا ذكَر محمدٌ هذه المسألةَ في «**الجامع الصغير**»[(١)].

ثم قال [٢/٧٥ظ]: «واختلَف فيه المشايخُ؛ فقال بعضُهم: لا يَجُوزُ البَيْعُ ما لَمْ يُذْكَرِ الخيَارَيْن: خِيارَ التمييزِ، وخِيارَ الشَّرْطِ؛ لأنه إذا لَمْ يُذْكَرْ خِيَارُ الشَّرْطِ إلىٰ ثلاثةِ أيَّامٍ؛ تَكُونُ مُدَّةُ خِيارِ الشَّرْطِ مجهولةً، ومَنِ اشْتَرَىٰ بشَرْطِ الخِيارِ غيرِ مُؤَقَّتٍ؛ لا يَجُوزُ البَيْعُ.

وقال بعضُهم: يَجُوزُ هذا البَيْعُ وإنْ لَمْ يُذْكَرْ فيه خِيَارُ الشَّرْطِ، فيَثْبُتُ فيه خِيارُ الشَّرْطِ تبعًا وضِمْنًا لخيارِ التمييزِ، وله أنْ يَأْخُذَ أيَّهُما شاء، وله أنْ يرُدَّ؛ لأن الشيءَ قد يَثْبُتُ ضِمْنًا وتبعًا، وإنْ كان يَبْطُلُ قصدًا.

أَلَا تَرَىٰ أن بَيْعَ الهواءِ علىٰ الانفرادِ لا يَجُوزُ، وإذا باع الأرضَ [دخَلَ الهواءُ تبعًا، وبَيْعُ الشِّرْبِ[(٢)] علىٰ الانفرادِ لا يَجُوزُ، وإذا باعَ الأرضَ][(٣)] بحقوقِها جاز،

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٥].

(٢) **الشِّرْبُ** ـ بكَسْر الشين ـ: الحَظُّ مِن الماء. وعرَّفه بعضهم: بكونه النصيب مِن الماء للأراضي وغيرها. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا في «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيْجَابيِّ [ق١٧٢/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٣)].

. . . .

ودخَل الشِّرْبُ تبعًا». إلىٰ هنا لفْظُ روايةِ «**شرح الطَّحَاويِّ**». ثم قال: «والأوَّلُ أصحُّ».

وقال الصدرُ الشهيدُ في «شرح الجامع الصغير»: «اختلَف المشايخُ فيه ـ أي: في اشتراطِ خِيارِ الشَّرْطِ معَ شَرْطِ التَّعْيينِ[1] ـ منهم مَن قال: يُشْتَرطُ، وهو المذكورُ في الكتابِ، وإليه مالَ الكَرْخِيُّ، ومنهم مَن قال: لا، وهو المذكورُ في «**الجامع الكبير**»...»[2] فإنه ذكَر هذه المسألةَ ولَمْ يذْكُرْ فيها خِيارَ الشَّرْطِ.

وقال فخرُ الإسلامِ في «**شرح الجامع الصغير**» بعد ذِكْرِ اختلافِ المشايخِ: «والصحيحُ عندَنا: أنه ليس بشَرْطٍ، كذلك ذكَر في «**الجامع**»، ولكن لا بُدَّ مِن بيانِ مَن له خِيَارُ التَّعْيينِ قطْعًا للمُنَازعةِ، فإنْ لَمْ يُشْتَرطْ معَ ذلك خِيارُ الشَّرْطِ؛ لزِم البَيْعُ في غيرِ العيْنِ، والآخرُ أَمَانةٌ عندَه، وإنْ شُرِطَ معَ ذلك خِيارُ الشَّرْطِ؛ فلا بُدَّ مِن توْقِيتِه، وعندَ ذلك لا يَلْزَمُ العَقْدُ في غيرِ العينِ أيضًا، حتَّىٰ إن لصاحبِ الخِيارِ ردَّهما جميعًا.

فإنْ هلَك مَن له الخِيارُ: بَطَلَ خِيَارُ الشَّرْطِ، ويَثْبُتُ للوَارِثِ خِيارُ التَّعْيينِ.

فأَمَّا خِيارُ الشَّرْطِ: فلا، حتىٰ إن الوَارثَ لا يَمْلِكُ ردَّهما جميعًا، وكذا إذا انقضىٰ وَقْتُ الخِيارِ في حياةِ المُوَرِّثِ[3]؛ بَطَلَ خِيارُ الشَّرْطِ، فلا يَمْلِكُ ردَّهما [٥/٨٧و/م] جميعًا». إلىٰ هنا لفْظُ فخرِ الإسلامِ.

وقال العَتَّابِيُّ في «شرح الجامع الصغير»: وذِكْرُ خِيارِ الشَّرْطِ مَعَ خِيارِ التَّعْيينِ

---

(١) هذه الجملةُ الاعتراضية مِن تِبْيان المؤلف، كما يظهر مِن: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ق ١٥٥/أ/ مخطوط فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٩٩)].

(٢) إلىٰ هنا انتهتْ عبارةُ الصدر الشهيد في: «شرح الجامع الصغير» [ق ١٥٥/أ/ مخطوط فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٩٩)].

(٣) وقع بالأصل: «في حين المورث». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَالْحَاجَةُ إِلَىٰ هَذَا النَّوْعِ مِنَ البيع مُتَحَقِّقَةٌ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَىٰ اخْتِيَارِ مَنْ يَثِقُ بِهِ أَوْ اخْتِيَارِ مَنْ يَشْتَرِيهِ لِأَجْلِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ الْبَائِعُ من الْحَمْلِ إِلَيْهِ [٧/و] إِلَّا بِالْبَيْعِ ، فَكَانَ فِي مَعْنَىٰ مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ ، غَيْرَ أَنَّ هَذِهِ الْحَاجَةَ تَنْدَفِعُ بِالثَّلَاثِ لِوُجُودِ

غاية البيان

وقَع اتِّفاقًا ؛ لأنَّ البَيْعَ يَجُوزُ بدونِ خِيارِ الشَّرْطِ ، ولكنْ لو ذُكِرَ فيه خِيارُ الشَّرْطِ ؛ كان له أنْ يرُدَّهما ، ولو لَمْ يُذْكَرْ فيه خِيارُ الشَّرْطِ ؛ له أنْ يرُدَّ أحدَهما بخيارِ التَّعْيينِ ، وليس له أنْ يَرُدَّهما ، ولو مات يُورَثُ خِيارُ التَّعْيينِ ، ولا يُورَثُ خِيارُ الشَّرْطِ ، وإذا لَمْ يُذْكَرْ[1] خِيَارُ الشَّرْطِ ، فلا بُدَّ مِن توقيتِ خِيارِ التَّعْيينِ بثلاثةِ أيَّامٍ فما دُونَهُ ، وبالزيادةِ لا يَجُوزُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ، وعندَهما: يَجُوزُ بما شاء العاقدَانِ. يَعْنِي: إذا كانتِ المُدَّةُ معلومةً.

وجعَلَ شمسُ الأئمةِ السَّرَخْسِيُّ في «**شرح الجامع الصغير**»: اشتراطَ[2] الخِيارِ مع خِيارِ التَّعْيينِ هو الصحيحُ.

قولُه: (وَكَذَلِكَ الثَّلَاثَةُ) ، أي: البَيْعُ جائزٌ في أحدِ الأثوابِ الثلاثةِ أيضًا.

قولُه: (وَالْحَاجَةُ إِلَىٰ هَذَا النَّوْعِ مِنَ البَيعِ).

أراد بهذا النوعِ: أن يَشْتَرِيَ أحدَ الثوبَيْنِ ، أوْ أحدَ العبدَيْن علىٰ أنْ يَأْخُذَ أيَّهُما شاء بثَمَنٍ معلومٍ.

قولُه: (وَلَا يُمَكِّنُهُ الْبَائِعُ) ، بتشديدِ الكافِ.

قولُه: (إِلَيْهِ). الضميرُ راجعٌ إلىٰ (مَنْ). في قولِه: (مَنْ يَثِقُ بِهِ). وفي قولِه: (مَنْ يَشْتَرِيهِ لِأَجْلِهِ).

قولُه: (مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ). أراد به: شرْطَ الخِيارِ الذي ورَدَ في حديثِ حَبَّانَ[3].

---

(١) وقع بالأصل: «لَمْ يكن يذكر». والمثبت من: «م»، و«غ».

(٢) وقع بالأصل: «اشترط». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) وقد مضىٰ تخريجه.

الْجَيِّدِ وَالْوَسَطِ وَالرَّدِيءَ فِيهَا، وَالْجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ فِي الثَّلَاثَةِ لِتَعْيِينِ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ، وَكَذَا فِي الْأَرْبَعِ، إِلَّا أَنَّ الْحَاجَةَ إِلَيْهَا غَيْرُ مُتَحَقِّقَةٍ وَالرُّخْصَةُ ثُبُوتُهَا بِالْحَاجَةِ، وَكَوْنِ الْجَهَالَةِ غَيْرُ مُفْضِيَةٍ إِلَى الْمُنَازَعَةِ فَلَا تَثْبُتُ بِأَحَدِهِمَا.

ثُمَّ قِيلَ: يُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ فِي هَذَا الْعَقْدِ خِيَارُ الشَّرْطِ مَعَ خِيَارِ التَّعْيِينِ، وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ». وَقِيلَ: لَا يُشْتَرَطُ وَهُوَ الْمَذْكُورُ فِي: «الْجَامِعِ الْكَبِيرِ»، فَيَكُونُ ذِكْرُهُ عَلَى هَذَا الِاعْتِبَارِ وِفَاقًا لَا شَرْطًا؛ وَإِذَا لَمْ يُذْكَرْ خِيَارُ الشَّرْطِ؛ لَا بُدَّ مِنْ تَوْقِيتِ خِيَارِ التَّعْيِينِ بِالثَّلَاثِ عِنْدَهُ وَبِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيَّتُهَا كَانَتْ عِنْدَهُمَا.

قولُه: (وَالْجَهَالَةُ لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ فِي الثَّلَاثَةِ). جوابٌ لقولِه: (وَالْقِيَاسُ: أَنْ يَفْسُدَ الْبَيْعُ فِي الْكُلِّ؛ لِجَهَالَةِ الْمَبِيعِ).

قولُه: (وَكَذَا فِي الْأَرْبَعِ)، أي: الجهالةُ في الأثوابِ الأربعةِ أيضًا لا تُفْضِي إلى المُنازَعَةِ، لكنَّ الحاجةَ إلى [٢/٧٦و] الأربعِ ليسَتْ بمُتحقِّقةٍ، فلأجلِ هذا لَمْ يَجُزِ البَيْعُ فيها.

قولُه: (وَالرُّخْصَةُ ثُبُوتُهَا بِالْحَاجَةِ، وَكَوْنِ الْجَهَالَةِ). بجرِّ النونِ عطفًا على قولِه: (بِالْحَاجَةِ). وبيانُه مَرَّ آنفًا.

قولُه: (وَإِذَا لَمْ يُذْكَرْ خِيَارُ الشَّرْطِ؛ لَا بُدَّ مِنْ تَوْقِيتِ خِيَارِ التَّعْيِينِ بِالثَّلَاثِ عِنْدَهُ)، أي: عندَ أبي حَنِيفَةَ، (وَبِمُدَّةٍ مَعْلُومَةٍ أَيِّهَا كَانَتْ عِنْدَهُمَا)، يَعْنِي: كما في خِيارِ الشَّرْطِ عندَهما.

[٥/٨٧ظ/م] لا يُقَالُ: إن أبا يوسفَ رَحِمَهُ اللهُ لَمْ يُجزِ البَيْعَ في قولِه إنْ لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ

ثُمَّ ذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: اشْتَرَىٰ ثَوْبَيْنِ. وَفِي بَعْضِهَا: اشْتَرَىٰ أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ فِي الحَقِيقَةِ أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ أَمَانَةٌ، والْأَوَّلُ تَجَوُّزٌ وَاسْتِعَارَةٌ.

غاية البيان

إلى أربعةِ أيَّامٍ، كما هو قولُ أبي حَنِيفَةَ، أخْذًا بالقياسِ، واتِّباعًا للسُّنَّةِ، فيَنْبَغِي أَلَّا يَجُوزَ خِيارُ التَّعْيينِ عندَ أبي يوسفَ أكثرَ مِن الثلاثةِ؛ لأن ثَمَّةَ وُجِدَ التعليقُ بحرفِ الشَّرْطِ، والتمليكِ لا يَحْتَمِلُ ذلك، فأُخِذَ بالقياسِ.

وهنا فيما نحن فيه لَمْ يُوجَدِ التعليقُ بحَرْفِ الشَّرْطِ؛ فجاز في الأكثرِ؛ لأنه في معنَىٰ شَرْطِ الخِيارِ مِن حيثُ إنه شُرِعَ للحاجةِ، فكذا هذا، فجاز في الزيادةِ علىٰ الثلاثةِ، كما جاز شرْطُ الخِيارِ.

قولُه: (ثُمَّ ذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ: اشْتَرَىٰ ثَوْبَيْنِ. وَفِي بَعْضِهَا: اشْتَرَىٰ أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ).

يعني: اختلفَتِ الروايةُ في نُسَخِ «**الجامع الصغير**»، والصحيحُ هو المذكورُ ثانيًا[1]؛ لأن المَبيعَ أحدُهما؛ لا هُمَا، والأوَّلُ مجازٌ؛ لاحتمالِ أن يَكُونَ كلُّ واحدٍ منهما هو المَبِيعُ.

وأثبَتَ فخرُ الإسلامِ النسخةَ الأُولَىٰ[2] لا غَيْرَ، مجازًا، ويَجُوزُ أنْ يُقَالَ في وَجْهِ المجازِ: إنه إطلاقُ اسمِ الكُلِّ علىٰ البعضِ؛ كما في قولِه تعالىٰ: ﴿يَخْرُجُ مِنْهُمَا

---

(١) وهو المُثْبَت في المطبوع مِن: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٤] وكذا هو المُثْبت جملة مِن النُّسَخ الخطِّية مِن «الجامع الصغير»، منها: [ق٣٤/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٩٨)]، و[ق٤٨/أ/ مخطوط المكتبة المركزية لمخطوطات مسجد السيدة زينب ـ مصر/ (رقم الحفظ: ٣٦١)]، [ق٣٨/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٤٣٨)].

(٢) **يعني:** في «شرح الجامع الصغير» [ق ١٦٤/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٥٣)]، أو [ق١٨٦/ب/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٦٢)].

وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا، أَوْ تَعَيَّبَ؛ لَزِمَهُ الْبَيْعُ فِيهِ بِثَمَنِهِ، وَتَعَيَّنَ الْآخَرُ لِلْأَمَانَةِ؛ لِامْتِنَاعِ الرَّدِّ بِالتَّعَيُّبِ، وَلَوْ هَلَكَا جَمِيعًا مَعًا يَلْزَمُهُ نِصْفُ ثَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِشُيُوعِ الْبَيْعِ وَالْأَمَانَةِ فِيهِمَا.

غاية البيان

ٱللُّؤۡلُؤُ وَٱلۡمَرۡجَانُ﴾ [الرحمن: ٢٢]. وإنما يخْرُجان مِن المِلْحِ، لا العَذْبِ.

قولُه: (وَلَوْ هَلَكَ أَحَدُهُمَا، أَوْ تَعَيَّبَ؛ لَزِمَهُ الْبَيْعُ فِيهِ بِثَمَنِهِ، وَتَعَيَّنَ الْآخَرُ لِلْأَمَانَةِ؛ لِامْتِنَاعِ الرَّدِّ بِالتَّعَيُّبِ).

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»(١): ولو هلَك أحدُهما قبلَ القبضِ؛ فلا يَبْطُلُ البَيْعُ، والمُشْتَرِي بِالخِيارِ، إنْ شاء أخَذ الباقي بثَمَنِه، وإنْ شاء ترَك، ولو هلَك الكلُّ قبْلَ القبضِ؛ بَطَلَ البَيْعُ، ولو هلَك أحدُهما بعدَ القبضِ؛ تعَيَّن الهالكُ للبَيْعِ، ولَزِمَهُ ثمَنُه؛ لأنه عجَز عن رَدِّه، وتعَيَّن الآخرُ للأَمانةِ، ولو هلَكا جميعًا في يدِ المُشْتَرِي ـ إنْ كان الهلاكُ على التعاقُبِ ـ لزِمَهُ ثَمَنُ الهالكِ الأوَّلِ، وهلَك الباقي في يدِه أَمانةً، ولو هلَكا معًا لزِمه نِصْفُ ثَمنِ كلِّ واحدٍ منهما؛ لأنه ليس أحدُهما بأَوْلى بِالتَّعْيينِ من الآخرِ.

وإنْ هلَك أحدُهما قبْلَ الآخرِ ـ غيرَ أنهما اختلَفا فيه ـ فلا تَظْهَرُ فائدةُ الخلافِ، إذا كان الثَّمنُ مُتَّفِقًا، وإنما يَظْهَرُ إذا كان مختلفًا، بأنْ [٥/٨٨و/م] يَكُونَ ثَمنُ أحدِهِما عشرةً، وثَمنُ الآخَرِ عشرين، فقال البائعُ: هلَك الذي ثمَنُه عشرون(٢) أوَّلًا، وقال المُشْتَرِي: هلَك الذي ثمَنُه عشرةٌ أوَّلًا.

كان أبو يوسف يَقُولُ: يَتَحالَفانِ، فأيُّهما نكَل؛ قُضِيَ عليه بما ادَّعاه صاحبُه، وإنْ حلَفا جميعًا؛ يُجْعَلُ كأنَّهُما هلَكا معًا، ولزِمه نِصْفُ ثَمنِ كلِّ واحدٍ منهما، ثم

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ١٧٢].

(٢) وقع بالأصل: «ثمنه عشرين». والمثبت من: «م».

....

رجَع وقال: القولُ قولُ المُشْتَرِي معَ يمينِه، وهو قولُ محمدٍ رحمه الله؛ لأن الثَّمنَ صار دَيْنًا على المُشْتَرِي، هذا إذا لَمْ يَكُنْ لهما بَيِّنَةٌ، فلو أقام أحدُهما البَيِّنَةَ قُبِلَتْ، وإنْ أقاما جميعًا فبَيِّنَةُ البائعِ أَوْلَى؛ لأنه يُثْبِتُ الفضْلَ.

ولو تعَيَّبَ أحدُهما في يدِ البائعِ قبلَ القبْضِ؛ فالمُتَعَيِّبُ منهما لا يَتَعَيَّنُ للبَيْعِ، والمُشْتَرِي على خيارِه، إنْ شاء أخَذ المَعِيَبَ منهما بجميعِ الثَّمنِ، وإنْ شاء أخَذ الآخرَ، وإنْ شاء تركَهُما، ولو تعَيَّبا جميعًا في يدِ البائعِ؛ فالمُشْتَرِي بِالخِيارِ أيضًا، ولو تعَيَّبَ أحدُهما بعدَ القبضِ؛ تعَيَّنَ المَعِيبُ للبَيْعِ، [و][1] لزِمه ثمنُه، ويَتَعَيَّنُ الآخرُ للأَمانةِ.

ولو تعَيَّنا جميعًا: يُنْظَرُ: إنْ كان أحدُهما تعَيَّبَ قبْلَ الآخرِ؛ لزِمهُ ثَمَنُ المَعِيبِ الأوَّلِ، ويَرُدُّ الآخَرُ، ولا يَغْرَمُ لحدُوثِ العَيْبِ شيئًا؛ لأنه أَمانةٌ، ولو تعَيَّبا جميعًا معًا؛ فلا يَتَعَيَّنُ أحدُهما للبَيْعِ، وله أنْ يَأْخُذَ أَيَّهُما شاء، وبطَلَ خِيارُ الشَّرْطِ، وليس له ردُّهما جميعًا، وأحدُهما لازمٌ له[2].

قال العَتَّابِيُّ في «شرح الجامع الكبير»: «ولو اشْتَرَى أحدَ العبدَيْن على أنْ يَأْخُذَ أَيَّهُما شاء بألفِ درهمٍ وقبَضهما؛ فالبَيْعُ جائزٌ في أحدِهما، والتَّعْيِينُ إليه، فإنْ مات أحدُهما، أوْ عَيَّبَه المُشْتَرِي، أوْ عتقَه، أوْ دبَّره؛ تعَيَّن للبَيْعِ، ولو أعتقَ البائعُ أحدَهما بعَيْنِه، فإنْ عَيَّنَ المُشْتَرِي ذلك للبَيْعِ: فعِتْقُهُ باطلٌ، وإنْ عَيَّنَ الآخر بما وصَفْنا به ـ أو انتقَضَ البَيْعُ ـ؛ نَفَذَ عِتْقُ البائعِ في الذي أعتَقَه.

والجائزُ ملْحقٌ بِالفَاسدِ في جميعِ ما وصَفْنا، إلا في حُكْمَيْن: أحدِهما: أن

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«غ».

(٢) في شرح «مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ: وليس له ردهما جميعًا وأخذهما لازم. ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيْجَابيّ [ق/ ١٧٣].

. . . .

غاية البيان

في الجائزِ يَمْلِكُ المُشْتَرِي أحدَهما قَبْلَ القبضِ، وفي الفَاسدِ لا يَمْلِكُ، والثاني: في الجائزِ أحدُهما مَضْمُونٌ بالثَّمنِ بعدَ القبضِ، وفي الفَاسدِ: مَضْمُونٌ بِالقِيمَةِ»[1].

وأرادَ[2] **بِالفَاسدِ**: ما ذَكَر قَبْلَ هذا [٥/٨٨ظ/م] بقولِه: «إذا باعَ أحدَ عبْدَيْه مِن رَجُلٍ، ولَمْ يَقُلْ علىٰ أن المُشْتَرِيَ بِالخِيارِ في تعْيينِ أيِّهِما شاء؛ فالبَيْعُ فَاسدٌ، فإنْ دفَعَهما إليه؛ فأحدُهما[3] ملكُهُ مَضْمُونٌ عليه بِالقِيمَةِ، وهو المَبِيعُ، والآخرُ أَمَانةٌ في يدِه، فإنْ ماتا جميعًا ضَمِن نِصْفَ قِيمَةِ كلِّ واحدٍ منهما؛ لأن أحدَهما مَضْمُونٌ بِالقِيمَةِ، وليس أحدُهما بأَوْلَىٰ مِن الآخَرِ، فشاع[4] فيهما.

وإنْ مات أحدُهما: تعَيَّن هو للبَيْعِ؛ لأن أحدَهما واجبُ الردِّ، وقد تعَذَّر ردُّ الميِّتِ، فتَعَيَّن الآخرُ للردِّ، فإذا مات الآخَرُ يهْلِكُ أَمانةً؛ لأنه يَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ المَبِيعُ هو الذي مات أوَّلًا، وقد تعَذَّر النقضُ فيه بحُكْمِ الفَسادِ، وقد وقَع الشكُّ في النقضِ في الآخَرِ، والبَيْعُ ثابتٌ بيَقينٍ، فلا يُنْقَضُ بالشكِّ، بخلافِ ما إذا أعتَق المولَىٰ أحدَ عبدَيْه ومات أحدُهما؛ تعَيَّن الباقي للعِتْقِ؛ لأن العِتْقَ تعَلَّق بشَرْطِ البيانِ مِن وَجْهٍ، فكان البيانُ إنشاءً مِن وَجْهٍ، والباقي تعَيَّن للإنشاءِ.

أمَّا البَيْعُ: فلا يَقْبَلُ التعليقَ بشَرْطِ البيانِ، فكان البيانُ فيه إظهارًا محْضًا،

---

(١) إلىٰ هنا انتهىٰ كلامُ أبي نَصْر العَتَّابي في: «شرْح الجامع الكبير» [ق٣٨٧/أ/ مخطوط لجنة إحياء المعارف النعمانية ـ الهند/ (رقم الحفظ: ٦٧)].

(٢) يعني: أبا نَصْر العَتَّابي.

(٣) في: «ن»: «فأخذهما». والمثبتُ هو الموافق لِمَا وقَع في: «شرْح الجامع الكبير» لأبي نَصْر العَتَّابي [ق٣٨٥/أ/ مخطوط لجنة إحياء المعارف النعمانية ـ الهند/ (رقم الحفظ: ٦٧)].

(٤) وقع بالأصل: «فساغ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرْح الجامع الكبير» لأبي نَصْر العَتَّابي [ق٣٨٦/ب/ مخطوط لجنة إحياء المعارف النعمانية ـ الهند/ (رقم الحفظ: ٦٧)].

وَلَوْ كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ ؛ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا جَمِيعًا . وَلَوْ مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ فَلِوَارِثِهِ أَنْ يَرُدَّ أَحَدَهُمَا ؛ لِأَنَّ الْبَاقِيَ خِيَارُ التَّعْيِينِ لِلِاخْتِلَاطِ ، وَلِهَذَا لَا يَتَوَقَّتُ فِي حَقِّ الْوَارِثِ . فَأَمَّا خِيَارُ الشَّرْطِ لَا يُورَثُ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ .

غاية البيان

والميِّتُ محلٌّ لذلك»[1] ، والباقِي يُعْلَمُ في «**شروح الجامع الكبير**» ، في بابِ بَيْعِ أحدِ العبْدَيْن ولَمْ يُعَيِّن أحدَهما ، وقولُه: «وتعيَّن الْآخَرُ لِلْأَمانةِ» .

فَإِنْ قُلْتَ: كيف يَكُونُ للآخرِ أَمانةٌ حتى إذا هلَك لا يَغْرَمُ لأجْلِه شيئًا ، ولا يَكُونُ هو أدنى حالًا مِن المَقْبُوضِ على سَوْمِ الشِّرَاءِ ؟

قُلْتُ: إنما كان ذلك أَمانةً ؛ لأنه إنما اشْتَرَى أحدَهما لا غيرَ ، وإنما قبَضَ الآخرَ ليردَّه على البائعِ إذا تعيَّن أحدُهما ، لا ليتَمَلَّكَهُ ، ولا على سَوْمِ الشِّرَاءِ ، وقد تعَيَّن أحدُهما هنا ، فيَبْقَى الآخرُ أَمانةً ؛ لأنه قبَضَه بإذْنِ البائعِ ، لا على جهةِ البيْعِ[2] ، فلَمْ يَلْزَمْهُ شيءٌ بسببِه .

قولُه: (وَلَوْ كَانَ فِيهِ خِيَارُ الشَّرْطِ ؛ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا) . مَرَّ بيانُه آنفًا .

قولُه: (وَلِهَذَا لَا يَتَوَقَّتُ[3] فِي حَقِّ الْوَارِثِ) .

هذا إيضاحٌ[4] لكونِ: (**الْبَاقِي خِيَارُ التَّعْيِينِ**) ، يعني: أن الدليلَ على أن الباقيَ خِيارُ التَّعيِينِ بعدَ موتِ مَن له الخِيارُ ، لا خِيارُ الشَّرْطِ: عدمُ تَوَقُّتِهِ في حقِّ الوَارِثِ ؛ لأنه هو الذي لا يَتَوَقَّتُ في حقِّه ؛ لأنه لَمْ يَثْبُتْ له بسبيلِ الْإِرْثِ ، بل لاختلاطِ مِلْكِه بمِلْكِ غيرِه ، فلو كان الباقي خِيارَ الشَّرْطِ ؛ لردَّهما الوَارِثُ [٥/٨٩و/م] جميعًا ،

(١) إلى هنا انتهى كلامُ أبي نَصْر العَتَّابي في: «شرْح الجامع الكبير» [ق٣٨٦/ب/ مخطوط لجنة إحياء المعارف النعمانية ـ الهند/ (رقم الحفظ: ٦٧)] .

(٢) وقع بالأصل: «المبيع» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» .

(٣) وقع بالأصل: «يَتَوَقَّفُ» . والمثبت من: «ن» ، و«غ» .

(٤) وقع بالأصل: «هذا أيضًا» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» .

وَمَنِ اشْتَرَىٰ دَارًا عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فَبِيعَتْ دَارٌ إِلَىٰ جَنْبِهَا، فَأَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ؛ فَهُوَ رِضًا؛ ....

غاية البيان

ولتَوَقَّتَ في حقِّ الوارثِ[1]، لكنَّ خِيارَ الشَّرْطِ لا يُورَثُ؛ لِمَا بَيَّنَّا عندَ قولِه: (**وَإِذَا مَاتَ مَنْ لَهُ الْخِيَارُ؛ بَطَلَ خِيَارُهُ**).

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ دَارًا عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ فَبِيعَتْ دَارٌ إِلَىٰ جَنْبِهَا، فَأَخَذَهَا بِالشُّفْعَةِ؛ فَهُوَ رِضًا). وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**»[2].

وكان يَنْبَغِي أَلَّا تَجِبَ الشُّفْعَةُ عندَ أبي حَنِيفَةَ للمُشْتَرِي؛ لأنه لا يَمْلِكُ الدَّارَ التي اشتراها بِالخِيارِ على مذهبِه، فكيفَ تَجِبُ [٢/٧٦ظ] [له][3] الشُّفْعَةُ في دارٍ بِيعَتْ بجَنْبِها؟

ولكنْ طريقُ ذلك أنْ يُقَالَ: إنَّ طلَبَ الشُّفْعَةِ دليلٌ على استدامةِ المِلْكِ في الدَّارِ المُشْتَرَاةِ بِالخِيارِ؛ لأن ثبوتَ الشُّفْعَةِ لدَفْعِ ضررِ الجِوَارِ، [وإنما يَحْتَاجُ إلى دَفْعِ ضَرَرِ الجِوَارِ][4] إذا كان له مِلْكٌ في الدَّارِ التي يَأْخُذُ بسببِها الدَّارَ المَبِيعَةَ بجَنْبِها بِالشُّفْعَةِ، فكان طلبُ الشُّفْعَةِ إذَنْ دليلًا على اختيارِ المِلْكِ؛ فسقَط الخِيارُ، فثَبَتَ المِلْكُ له مِن وَقْتِ الشِّرَاءِ سابقًا على العَقْدِ الذي وقَع على الدَّارِ المَبِيعَةِ بجَنْبِها، فظهَر مِلْكُ الجِوَارِ سابقًا، فتَثْبُتُ الشُّفْعَةُ.

وهذا معنَى قولِه: (**وَهَذَا التَّقْرِيرُ يُحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ خَاصَّةً**)، أي: التقريرُ بأنْ يُقالَ: لأن طلَبَ الشُّفْعَةِ يَدُلُّ على اختيارِه المِلْكِ.

وأمَّا على مَذْهبِهما: فلأنَّ الشُّفْعَةَ ثبتَتْ[5] لدَفْعِ ضَرَرٍ يَلْحَقُهُ بجِوَارِ الدخيلِ،

---

(١) وقع بالأصل: «الأرث». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٥].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م».

(٥) **أشار في حاشية الأصل**: إلى أنه وقع في بعض النُّسَخ: «شُرِعَتْ». بدل: «ثبتت». وهو الموافق لِمَا=

لِأَنَّ طَلَبَ الشُّفْعَةِ يَدُلُّ عَلَىٰ اخْتِيَارِهِ الْمِلْكَ فِيهَا؛ لِأَنَّهُ مَا ثَبَتَ إِلَّا لِدَفْعِ ضَرَرِ الْجِوَارِ وَذَلِكَ بِالِاسْتِدَامَةِ فَيَتَضَمَّنُ ذَلِكَ سُقُوطَ الْخِيَارِ سَابِقًا عَلَيْهِ؛ فَيَثْبُتُ الْمِلْكُ مِنْ وَقْتِ الشِّرَاءِ، فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْجِوَارَ كَانَ ثَابِتًا، وَهَذَا التَّقْرِيرُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِمَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله خَاصَّةً.

غاية البيان

والإنسانُ لا يَدْفَعُ ضررَ الجارِ في دارٍ لا يَرْضَىٰ أن تَكُونَ مملوكةً له، فلا يَدُلُّ الأخْذُ بِالشُّفْعَةِ علىٰ سقوطِ الخِيارِ في الدَّارِ المُشْتَرَاةِ بِالخِيارِ.

قولُه: (**فَهُوَ رِضًا**)، أي: الأخْذُ بِالشُّفْعَةِ رِضًا.

قولُه: (**فِيهَا**). الضميرُ يَرْجِعُ إلىٰ (دَارٍ). في قولِه: (**اشْتَرَىٰ دَارًا عَلَىٰ أَنَّهُ بِالْخِيَارِ**).

قولُه: (**وَذَلِكَ بِالِاسْتِدَامَةِ**)، أي: دَفْعُ ضررِ الجِوارِ إنما يُحْتَاجُ إليه باستدامةِ المِلْكِ في المُشْتَرَاةِ بِالخِيارِ.

قولُه: (**فَيَتَضَمَّنُ ذَلِكَ**)، أي: اختيارُ المِلْكِ، (**عَلَيْهِ**)، أي: علىٰ طلَبِ الشُّفْعَةِ، ثم يَنْبَغِي لك أن تَعْرِفَ أن خِيارَ الشَّرْطِ يَسْقُطُ بأخْذِ الشُّفْعَةِ، ولا يَسْقُطُ خِيارُ الرُّؤْيةِ.

أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما ذكَر النَّاطِفِيُّ في «**الأجناس**» ناقلًا عن إكْراهِ[1] «**الأصل**»[2]: وقال: «ولوِ اشْتَرَىٰ دارًا [٥/٨٩ظ/م]، ولَمْ يَرَها، فَبِيعَتْ دارٌ بجَنْبِها، فأخذَها بِالشُّفْعَةِ؛ له أنْ يرُدَّ الدَّارَ الأُولىٰ بخيارِ الرُّؤْيةِ، ولو كان هذا خِيارَ الشَّرْطِ: بَطَلَ الخِيَارُ، ولو عرضَ علىٰ بَيْعٍ: لا يَبْطُلُ خِيارُ الرُّؤْيةِ، ويَبْطُلُ خِيارُ الشَّرْطِ؛ لأنه لو

= وقَع في: «ن»، و«غ»، و«م».

(١) وقع بالأصل: «عن رواة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٩/٣١٧/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَىٰ الرَّجُلَانِ عَلَىٰ أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ، فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا؛ فَلَيْسَ لِلْآخَرِ أَنْ يَرُدَّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، وَقَالَا: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ.

غاية البيان

قال: أبطلْتُ خِيارَ الشَّرْطِ؛ سَقَطَ الخِيارُ، ولو قال: أبطلْتُ خِيارَ الرُّؤْيةِ؛ لا يَبْطُلُ قبْلَ وجودِ الرُّؤْيةِ؛ لأن ثبوتَهُ مَوْقُوفٌ علىٰ وجودِ الرُّؤْيةِ».

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَىٰ الرَّجُلَانِ عَلَىٰ أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ، فَرَضِيَ أَحَدُهُمَا؛ فَلَيْسَ لِلْآخَرِ أَنْ يَرُدَّهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ). وهذه من المسائلِ المعادةِ في «**الجامع الصغير**»[1].

قال في «الحَصْر»[2] **و«المختلف»**[3]: «وعلىٰ هذا الخلافِ: خِيارُ الرُّؤْيةِ والعَيْبِ قبلَ القبضِ وبعْدَه»[4].

يعني: إذا اشتَرَيَا شيئًا ليس لأحدِهما أنْ يَرُدَّه بخيارِ الرُّؤْيةِ، أوْ بخيارِ العَيْبِ بدونِ صاحبِه.

وقال الفقيهُ أبو الليث في «شرح الجامع الصغير»: «رَجُلان اشْتَريا غلامًا علىٰ أنهما بِالخِيارِ، فرَضِيَ أحدُهما؛ فليس للآخَرِ أنْ يَرُدَّه في قولِ أبي حَنِيفَةَ،

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٥].

(٢) مضىٰ أن الأقرب أن المؤلف يقصد بـ: «الحَصْر» هنا: كتابَ «حَصْر المسائل». للإمام أبي الليث نصر بن محمد السمرقندي الفقيه. وهناك أيضًا: «حَصْرُ المسائل وقَصْرُ الدلائل/ شَرْح منظومة الخلاف للنسفي» لعلاء الدين محمد بن عبد الحميد السمرقندِيّ. ومثله لنجْم الدين عُمَر بن محمد بن أحمد النسَفِيّ.

تنبيه: كتاب علاء الدين السمرقندِيّ هو نفْسُه كتابه الآخر: «مختلف الرواية»، غير أن المؤلف أعاد ترتيبَ الكتب والأبواب علىٰ ترتيب: «منظومة الخلاف» للنسفي.

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٤٤٦/٣].

(٤) قد ظفرنا بهذا النقل أيضًا في: «حَصْرُ المسائل وقَصْرُ الدلائل/ شَرْح منظومة الخلاف للنسفي» لعلاء الدين محمد بن عبد الحميد السمرقندِيّ [ق ٣٧/ب/ مخطوط فيض الله أفندي ـ تركيا/ رقم الحِفْظ: ٨٣٥].

وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ خِيَارُ الْعَيْبِ وَخِيَارُ الرُّؤْيَةِ، لَهُمَا أَنَّ إِثْبَاتَ الْخِيَارِ لَهُمَا إِثْبَاتُهُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا، فَلَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ صَاحِبِهِ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّهِ.

وَلَهُ أَنَّ الْمَبِيعَ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ غَيْرَ مَعِيبٍ بِعَيْبِ الشَّرِكَةِ، فَلَوْ رَدَّهُ أَحَدُهُمَا رَدَّهُ مَعِيبًا بِهِ، وَفِيهِ إِلْزَامُ ضَرَرٍ زَائِدٍ، وَلَيْسَ من ضَرُورَةِ إِثْبَاتِ الْخِيَارِ لَهُمَا الرِّضَا بِرَدِّ أَحَدِهِمَا لِتَصَوُّرِ اجْتِمَاعِهِمَا عَلَى الرَّدِّ.

غاية البيان

وفي قولِهما: له ذلك، ورُوِيَ عن أبي حَنِيفَةَ روايةٌ أُخرَىٰ قال: يُؤْمَرُ الآخَرُ بردِّه». إلىٰ هنا لفْظُ روايةِ الفقيهِ. وقولُ الشَّافعيِّ كقولِهما[1]. كذا في «**الحصر**».

وجهُ قولِهما: أن إثباتَ الخِيارِ لهما إثباتٌ لكلِّ واحدٍ؛ لأن في خيارِهما خِيارَ كلِّ واحدٍ منهما، فإذا رَضِيَ أحدُهما؛ لا يَسْقُطُ برضاه خِيارُ الآخَرِ؛ لأن فيه إلزامَ الضَّرَرِ عليه بإبطالِ حقِّه في الخِيارِ، فكان للآخَرِ الردُّ في نصيبِه عامَّةً.

غايةُ ما في البابِ: أنه يَلْزَمُهُ تفريقُ الصَّفْقَةِ على البائعِ، ولكن لَمَّا باع من الاثنينِ بالخِيارِ لهما؛ كان راضيًا بالتفريقِ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ مُشْتَرٍ للنِّصْفِ لا غيرَ، فله أنْ يَرُدَّ الذي اشْتَرَىٰ، فصار كما إذا اشْتَرَىٰ عبدًا علىٰ أنه بالخِيارِ في نصفِه.

ووجهُ [٧٧/٢و] **قولِ أبي حَنِيفَةَ** رضي الله عنه: أنَّ ردَّ أحدِهما لو جاز بدونِ صاحبِه؛ يَلْزَمُ الردُّ بعَيْبٍ حادثٍ لَمْ يَكُنْ عندَ البائعِ، والردُّ بالخِيارِ إنما يَصِحُّ إذا كان الردُّ علىٰ ما قبَض، أمَّا بعيْبٍ حادثٍ فلا.

وإنما يَلْزَمُ الردُّ بعَيْبٍ حادثٍ؛ لأن يدَ البائعِ كانت مجتَمِعةً، فإذا عادَتْ إليه متفرِّقةً، كان التفرُّقُ عيبًا؛ لأن الشَّرِكَةَ عَيْبٌ؛ لأنَّ البائعَ قبلَ البَيْعِ كان يَتَمَكَّنُ مِن

(١) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٣/٤٤٥]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٣/٣٣٢]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٤/١٩١].

وَمَنْ بَاعَ [٧/ظ] عَبْدًا عَلَىٰ أَنَّهُ خَبَّازٌ، أَوْ كَاتِبٌ، وَكَانَ بِخِلَافِهِ، فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ؛ لِأَنَّ هَذَا وَصْفٌ مَرْغُوبٌ

غاية البيان

التصرُّفِ في [٥/٩٠و/م] المَبِيعِ متىٰ شاء، [فبَعْدَ][1] ردِّ أحدِهما لا يَتمَكَّنُ منه إلا بطريقِ التَّهَايُؤِ، وفيه إلزامُ ضررٍ زائدٍ عليه، فلا يَجُوزُ، ولَا نُسَلِّمُ لزومَ رضا البائعِ بِرَدِّ أحدِهما من رضائِه بردِّهما جميعًا؛ لأن في ردِّهما جميعًا لا يَلْزَمُ إلزامُ ضررٍ زائدٍ، بخلافِ ردِّ أحدِهما.

ولَا نُسَلِّمُ أن البائعَ رَضِيَ بتفريقِ الصَّفْقَةِ عليه، بل رَضِيَ بتفريقِها عليهما، بخلافِ المسألةِ التي قاسَها عليها، فإنه لَمَّا اشْتَرَىٰ بِالخِيارِ في نصفِه؛ كان البائعُ راضِيًا بتفريقِ الصَّفْقَةِ علىٰ نفسِه[2]؛ لأنه أثبَتَ للمُشْتَرِي ولايةَ الردِّ في النِّصْفِ.

ووجهُ الروايةِ الأُخرَىٰ: أن الذي امتنَع عن الردِّ أرادَ إبطالَ حقِّ الآخَرِ في الفَسْخِ، فليس له ذلك، وهذا لأن المقصودَ الكُلِّيَّ مِن إثباتِ الخِيارِ: أن يَكُونَ لمنْ له الخِيارُ ولايةَ الردِّ، لا الإِجَازَةَ؛ لأن الخِيارَ لو كان للإجازةِ؛ ما كان يَحْتَاجُ إلىٰ الخِيارِ؛ لأن العَقْدَ كان يَتِمُّ بالسببِ السابقِ بلا خِيارٍ، فإذا كان الردُّ هو المقصودَ ـ وقد شُرِطَ لهما جميعًا ـ يُؤْمَرُ صاحبُ الرَّادِّ[3] بالردِّ؛ لئَلَّا يَلْزَمَ إبطالُ حقِّ الرَّادِّ[4].

قولُه: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا عَلَىٰ أَنَّهُ خَبَّازٌ، أَوْ كَاتِبٌ، وَكَانَ بِخِلَافِهِ، فَالْمُشْتَرِي بِالْخِيَارِ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في **«مختصره»**[5].

---

(١) ما بين المعقوفتين: في «م»: «فتعذر».

(٢) وقع في «غ»: «علىٰ نصفه».

(٣) وقع في «غ» و«ن»: «صاحبُ الرد».

(٤) وقع في «غ» و«ن»: «حقّ الرَّادّ».

(٥) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨٠].

فِيهِ فَيُسْتَحَقُّ فِي الْعَقْدِ بِالشَّرْطِ، ثُمَّ فَوَاتُهُ يُوجِبُ التَّخْيِيرَ؛ لِأَنَّهُ مَا رَضِيَ بِهِ دُونَهُ،

وإنما لَمْ يَفْسُدِ العَقْدُ بهذا الشَّرْطِ؛ لأنه مِن مُقْتَضياتِ العَقْدِ، أَلَا ترى أن الوَصْفَ الذي شرَطَه لو كان موجودًا في المَبِيعِ؛ لدخَل في العَقْدِ مِن غيرِ ذِكْرٍ، وما هذا سبيلَه كان مِن مُقْتَضياتِ العَقْدِ.

كما إذا اشْتَرىٰ علىٰ أنْ يَتَمَلَّكَ المَبِيعَ، أوْ علىٰ أنْ يُسَلِّمَه البائعُ إلىٰ المُشْتَرِي، بخلافِ ما إذا اشْتَرىٰ ناقةً علىٰ أنها حاملٌ، حيثُ يَكُونُ البَيْعُ فاسدًا علىٰ روايةِ كتابِ البيوعِ؛ لأن الحَمْلَ لا يُعْرَفُ حقيقةً؛ لأن انتفاخَ البطْنِ وتَحَرُّكِ ما فيه قد يَكُونُ لداءٍ، فكان غَرَرًا، فأوجَب فَسادَ البَيْعِ.

وما نحن فيه يُمْكِنُ الوقوفُ عليه للحالِ، فلَمْ يَكُنْ غَرَرًا، ولأن ما نحن فيه صفةٌ محْضةٌ، لا يُتصَوَّرُ انقلابُها أصلًا، وهنالِكَ المقصودُ: الولدُ بعدَ الولادةِ، وهو مجهولٌ، واشتراطُ مالٍ مجهولٍ معَ المَبِيعِ: مُفْسِدٌ للبَيْعِ.

وروَىٰ الحسنُ بنُ زيادٍ عن أبي حَنِيفَةَ: أن ذلك البَيْعَ أيضًا جائزٌ، فلا حاجةَ إلىٰ الفرقِ؛ لاستوائِهما في الجوابِ. كذا قال الشيخُ أبو الْمُعِينِ النَّسَفِيُّ [٥/٩٠ظ/م] في «**شرح الجامع الكبير**».

ثم قال: ولا روايةَ عن أصحابِنا: أن اشتراطَ الحَبَلِ في الجِوَاري هل يُوجِبُ فَسَادَ العَقْدِ أمْ لا؟ اختلَف المشايخُ فيه، منهم مَن قال: يُوجِبُ؛ قياسًا علىٰ الناقةِ؛ للمَعْنَيَيْنِ المذكورَيْنِ ثَمَّةَ.

ومنهم مَن قال: لا يُوجِبُ؛ لأن الحبلَ في الجِوَاري عَيْبٌ، فكان ذِكْرُه للبراءةِ عن هذا العَيْبِ، بخلافِ الحَبَلِ في البهائمِ، فإنه زيادةٌ، وهي مجهولةٌ، وفي وجودِها غَرَرٌ، فلا يَجُوزُ.

. . . .

ومنهم مَن فَصَّل، فقال: إنِ اشتراها ليتَّخِذَها ظِئْرًا[1]، فشَرَط أنها حاملٌ؛ فالبَيْعُ فَاسدٌ؛ لأنه يَطْلُبُ زيادةً، وهي مجهولةٌ، وفي وجودِها [٢/٧٧ظ] خطَرٌ، فصارَتْ كالناقةِ، وإنْ كان لا يُرِيدُ اتِّخاذَها ظِئْرًا؛ كان جائزًا لِمَا مَرَّ أنه اشتراطُ البراءةِ عن هذا العَيْبِ.

ولوِ اشْتَرَىٰ علىٰ أنها حَلُوبَةٌ[2]: روىٰ الحسنُ في «**المجرَّد**[3]»: أنه يَجُوزُ؛ لأنه اشتراطُ زيادةِ صفةٍ، وعلىٰ هذا قياسُ ما رُوِيَ: أنه لو اشْتَرَىٰ ناقةً علىٰ أنها حاملٌ؛ يَجُوزُ، بل هذا أَوْلَىٰ؛ لأن ذاك مما لا يُمْكِنُ الوقوفُ عليه للحالِ، ويُمْكِنُ الوقوفُ عليه للحالِ، بأنْ تُحْلَبَ.

ورَوَىٰ ابنُ سَماعةَ عن محمَّدٍ في «نوادرِه»: أنه لا يَجُوزُ؛ لأن المشروطَ أَصْلٌ من وَجْهٍ، وهو اللبَنُ، وهو علىٰ خطَرِ الوجودِ، ومجهولُ القَدْرِ، فصار كاشتراطِ الحَبَلِ.

ثم في مسألَتِنَا: إذا وجدَ العبدَ خبَّازًا، أوْ كاتبًا؛ فبِها ونِعْمَتْ، وإنْ وجَده بخلافِه؛ فله الخِيارُ بيْنَ الأخْذِ بجميعِ الثَّمنِ إنْ شاء، والردُّ إنْ شاء؛ لأنه وصْفٌ مرغوبٌ فيه، فإذا فاتَ وجبَ الخِيارُ بينَ الأمرَيْنِ، لكنه إذا أخَذَ أخَذَ بجميعِ الثَّمنِ؛ لأن الوَصْفَ لا يُقَابِلُه شيءٌ مِن الثَّمنِ؛ لأنه تبَعٌ[4] يَدْخُلُ في العَقْدِ من غيرِ ذِكْرٍ، وفي جَعْلِهِ مقابلًا بشيءٍ مِن الثَّمنِ: يَلْزَمُ جَعْلُه أصلًا، فلا يَجُوزُ، وهذا معنىٰ قولِه: **(علَىٰ مَا عُرِفَ)**.

---

(١) **الظِّئْرُ**: هي العاطفةُ علىٰ ولَدِ غيرِها، والمرضِعةُ، والحاضِنةُ والحاضِنُ. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) **الحَلُوبَةُ**: مَا يُحْلَبُ. ينظر: «مختار الصحاح» لزين الدين الرَّازِيِّ [ص/ ٧٨/مادة: حلب].

(٣) وقع بالأصل: «في المجود». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٤) وقع بالأصل: «لأنه بيع». والمثبت من: «ن»، و«غ».

....

غاية البيان

والأصلُ هنا ما قالُوا: إن من شرَط صفةً، فوجَد المَبيعَ بخلافِها، فإنْ كانت الصِّفَةُ مما لا يَتفَاوَتُ فيها الأغراضُ تَفاوُتًا كثيرًا؛ كان المُشْتَرِي بِالخِيارِ، كما إذا اشْتَرىٰ حمارًا علىٰ أنه أَتَانٌ[1]، فإذا هو ذَكَرٌ، أوْ شَاةً علىٰ أنها نَعْجَةٌ[2]، فإذا هي حَمَلٌ[3].

وإذا كانتِ الصِّفَةُ تتفاوَتُ فيها الأغراضُ تفاوُتًا كثيرًا؛ فالعقدُ فَاسِدٌ، كما إذا باع دارًا علىٰ أن بناءَها آجُرٌّ؛ فإذا هو لَبِنٌ[4]، أوْ باع شخصًا علىٰ أنه جاريةٌ؛ فإذا هو عبْدٌ، فالبَيْعُ فَاسدٌ؛ لأنه اختلافٌ [٥/٩١و/م] كثيرٌ، فهو بمنزلةِ الاختلافِ في الجنسِ.

وأَمَّا إذا اشتَرط صفةً فوجَدها زائدةً؛ فهي للمُشْتَرِي، مِثْلُ أن يَشْتَرِيَ ثوبًا علىٰ أنه عشرةُ أَذْرُعٍ؛ فوجَدَه أحدَ عشَر ذِرَاعًا، وكذلك لوِ اشْتَرىٰ جاريةً علىٰ أنها ثَيِّبٌ؛ فإذا هي بِكْرٌ، فتَكُونُ الصِّفَةُ الزائدةُ للمُشْتَرِي، ولا خِيارَ، كمَنِ اشْتَرىٰ عبدًا علىٰ أنه مَعِيبٌ؛ فوجَدَه صحيحًا.

فأَمَّا إذا وقَع العَقْدُ علىٰ جنسٍ فوجَدَه بخلافِه؛ فالبَيْعُ فَاسدٌ، مِثْلُ: أنْ يَبِيعَه هذا الثَّوْبَ علىٰ أنه كَتَّانٌ؛ فإذا هو قُطْنٌ، أوْ علىٰ أنه هَرَوِيٌّ[5]؛ فإذا هو مَرْوِيٌّ[6]، أوْ فصًّا علىٰ أنه ياقوتٌ؛ فإذا هو زُجَاجٌ؛ فالبَيْعُ باطلٌ؛ لأن المَعْقُودَ عليه مَعْدُومٌ،

---

(١) **الأَتانُ**: أُنثَىٰ الحِمَار.

(٢) **النَّعْجَةُ**: الأنثىٰ من الضَّأن. والجمع: نِعاجٌ، ونَعَجَاتٌ. ينظر: «المعجم الوسيط» [٩٣٣/٢].

(٣) **الحَمَل**: الصَّغير مِن الضأن. وجمْعُه: حُمْلانٌ، وأحْمَالٌ. ينظر: «المعجم الوسيط» [٤١٥/١].

(٤) **اللَّبِنُ**: هو المضروبُ مِن الطِّين يُبْنَىٰ به دون أن يُطبَخ. ينظر: «المعجم الوسيط» [٥٤٤/٢].

(٥) **الهَرَوِيُّ**: نسبة إلة مدينة هَرَاة.

(٦) **المَرْوِيُّ**: نسبة إلىٰ مدينة مَرْو.

. . . .

وعدمُ المَعْقُودِ عليه يُفْسِدُ العقدَ[١]، وهذا الخِيارُ ـ أعني: خِيارَ الصِّفَةِ، وهو ما إذا اشْتَرَىٰ علىٰ أنه خِيارٌ ـ يُورَثُ؛ لأن فيه معنَىٰ المالِ. كذا ذَكر في «**مختصر الأسرار**».

وذكَر الإمامُ الزاهدُ العَتَّابِيُّ في «**شرح الجامع الكبير**»: أن القولَ قولُ من تمسَّك بالأصلِ، وأن العدمَ في الصفاتِ العارضةِ أصْلٌ، والوجودُ في الصفاتِ الأصليَّةِ أصلٌ، وشهادةُ النساءِ بانفرادِهنَّ فيما لا يَطَّلِعُ عليه الرجالُ حُجَّةٌ مِن غيرِ يَمينٍ إذا تأيَّدَتْ بمُؤَيِّدٍ، وإنْ لَمْ تَتَأَيَّدْ؛ تُعْتَبرُ في حقِّ توَجُّهِ الخصومةِ، لا في إلزامِ الخَصْمِ.

ثم قال: مِثالُه: إذا اشْتَرَىٰ عبدًا علىٰ أنه خبَّازٌ، أوْ كاتبٌ، ثم اختلَفا قبلَ القبضِ أوْ بعْدَه، فقال المُشْتَرِي: ليس هو بهذا الوصْفِ، وقال البائعُ: هو بهذا الوَصْفِ للحالِ؛ يُؤْمَرُ بالخَبْزِ والكِتَابةِ، فإنْ فعلَ مِن ذلك ما يُسَمَّىٰ به خبَّازًا، أوْ كاتبًا بأدنَىٰ ما يَنْطَلِقُ عليه الاسمُ؛ لزِم المُشْتَرِي، وإلا يُرَدُّ، ولا يُعْتَبرُ قولُ العبدِ في ذلك.

فإن قال [٧٨/٢و] **البائعُ**: كان كذلك حينَ سلَّمْتُه إليك ونَسِيَ في يدِك، وذلك في مُدَّةٍ يَحْتَمِلُ أنْ يَنْسَىٰ، وقال المُشْتَرِي: لَمْ يَكُنْ كذلك؛ فالقولُ قولُ المُشْتَرِي ويَرُدُّه؛ لأن الأصلَ عدمُ هذه الصِّفَةِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ قبَضَه[٢]؛ لَمْ يُجْبَرْ علىٰ قَبْضِهِ ودَفْعِ الثَّمنِ حتَّىٰ يَعْرِفَ هذه الصِّفَةَ.

وإنِ اشْتَرَىٰ جاريةً علىٰ أنها بِكْرٌ، ثم اختلَفا قَبلَ القبضِ أوْ بعدَهُ، فقال البائعُ: هي بِكْرٌ في الحالِ؛ فإن القاضيَ يُرِيها النساءَ، فإنْ قُلْنَ: هي بِكْرٌ؛ لزِم المُشْتَرِي

(١) وقع بالأصل: «يفسد البيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».
(٢) وقع بالأصل: «كذلك قبَضه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَىٰ اخْتِلَافِ النَّوْعِ لِقِلَّةِ التَّفَاوُتِ فِي الْأَغْرَاضِ، فَلَا يَفْسُدُ بِعَدَمِهِ الْعَقْدُ، بِمَنْزِلَةِ الذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ فِي الْحَيَوَانَاتِ، ....

غاية البيان

مِن غيرِ يَمِينِ البائعِ؛ لأن شهادَتَهُنَّ تأيَّدَتْ بمُؤَيِّدٍ ههنا؛ لأن الأصلَ البَكَارَةُ، وإنْ قُلْنَ: ثَيِّبٌ؛ لَمْ يَثْبُتْ حقُّ الفَسْخِ بشهادَتِهِنَّ؛ لأن الفَسْخَ حقٌّ قَوِيٌّ، وشهادتُهُنَّ حُجَّةٌ ضعيفةٌ لَمْ تتأيَّدْ بمُؤَيِّدٍ.

لكن ثبَتَ حقُّ الخُصومةِ لتوَجُّهِ اليَمينِ [٥/٩١ظ/م] علىٰ البائعِ؛ لأن اليَمينَ لا بُدَّ لها مِن الدعوىٰ والخصومةِ، وحقُّ الخصومةِ حقٌّ ضعيفٌ؛ لأنه ليس بمقصودٍ لنفسِها، فجاز أن يَثْبُتَ بشهادَتِهِنَّ، فيُحَلَّفُ البائعُ باللهِ: لقد سلَّمْتُها بحُكْمِ البَيْعِ وهي بِكْرٌ، فإن لَمْ يَكُنْ قبَضَها، يُحَلَّفُ باللهِ: لقد بِعْتُها وهي بِكْرٌ، فإنْ نكَلَ[1]؛ تُرَدُّ عليه، وإنْ حلَفَ؛ لزِم المُشْتَرِي.

ورُوِيَ عن أبي يوسف محمد رحمهما الله في رواية: أنها تُرَدُّ بشهادَتِهِنَّ قبلَ القبضِ مِن غيرِ يمينِ البائعِ، وإنْ لَمْ يَكُنْ عندَ القاضي من النساءِ من يَثِقُ بِهِنَّ: لا يُحَلَّفُ البائعُ؛ لأن العَيْبَ لا يَثْبُتُ في الحالِ، ولا يَثْبُتُ حقُّ الخُصُومةِ، فلا يَتَوَجَّهُ اليَمِينُ علىٰ البائعِ، ويَلْزَمُ الجاريةَ علىٰ المُشْتَرِي إلىٰ أن تَحْضُرَ مِن النساءِ مَن يَثِقُ بهِنَّ.

ولو قال البائعُ: بعْتُها وسلَّمْتُها إليك وهي بِكْرٌ، وزالَتْ في يدِك، فالقولُ قولُه؛ لأن الأصلَ هو البكارةُ، والقاضي لا يُرِيها النساءَ؛ لأن البائعَ مُقِرٌّ بزوالِ البكارةِ، لكنْ يَقُولُ: زالَتْ في يَدِكَ.

قولُه: (وَهَذَا يَرْجِعُ إِلَىٰ اخْتِلَافِ النَّوْعِ)، أي: الاختلافُ في العبدِ، بكونِه خبَّازًا أوْ غيرَ خبَّازٍ، وبكونِه كاتِبًا أوْ غيرَ كاتبٍ، بمنزلةِ الاختلافِ في النوعِ، حتَّىٰ

---

(١) النُّكُولُ في الاستحلاف: أصْلُه الجُبْن، يقال: نكل عن العدو. أي: جَبُن عنه فلَمْ يتجاسَر علىٰ الإقدام عليه. ومرادُ الفقهاء مِن هذه اللفظة: هو الامتناع عن اليمين. وقد تقدم التعريف بذلك.

وَصَارَ كَفَوَاتِ وَصْفِ السَّلَامَةِ، وَإِذَا أَخَذَهُ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ لِكَوْنِهَا تَابِعَةً فِي الْعَقْدِ عَلَىٰ مَا عُرِفَ.

لا يَفْسُدَ العَقْدُ به، بل يَكُونُ للمُشْتَرِي الخِيارُ، كالذُّكورةِ والأُنُوثةِ في سائرِ الحيواناتِ، كالفَرَسِ، والبَقرِ، والغَنَمِ، ونحوِها، بخلافِ الاختلافِ في الذُّكورةِ والأُنُوثةِ في بني آدمَ؛ فإنه بمنزلةِ الاختلافِ في الجنسِ، فيفْسُدُ به العَقْدُ؛ لفُحْشِ التفاوُتِ.

قولُه: (وَصَارَ كَفَوَاتِ وَصْفِ السَّلَامَةِ)، أي: صار فواتُ وَصْفِ الخُبْزِ والكِتَابةِ ـ فيما إذا اشْتَرَىٰ علىٰ أنه خَبَّازٌ أَوْ كاتِبٌ، فوجَدَه بخلافِه ـ كفواتِ وَصْفِ السلامةِ ـ فيما إذا اشْتَرَىٰ علىٰ أنه سليمٌ، فوجَدَه معيبًا ـ؛ فثَمَّةَ له ولايةُ الردِّ، فكذا هنا.

قولُه: (عَلَىٰ مَا عُرِفَ)، مَرَّ بيانُه آنفًا.

والله ﷻ أعلمُ بالصوابِ، وإليه المرْجِعُ والمآبُ.

[وهذا آخر الدفتر الثامن من كتاب: «غاية البيان شرح الهداية»، ويتلوه في التاسع: باب خيار الرؤية إن شاء الله تعالىٰ، الحمد لله رب العالمين، وصلىٰ الله علىٰ سيدنا محمد خاتم النبيين، وعلىٰ آله وصحبه أجمعين، وحسبنا الله وكفىٰ بالله حسيبًا. وفرغ المصنفُ من تسويده ببغداد في عشر بقين من ذي القعدة سنَة ثمان وثلاثين وسبع مئة][1].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من «يكي».

بَابُ
خِيَارِ الرُّؤْيَةِ

قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ شَيْئًا لَمْ يَرَهُ؛ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ، وَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَآهُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ.

غاية البيان

[٩/٣٣ظ/د] [بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

رَبِّ يَسِّرْ وَلَا تُعَسِّرْ][1]

بَابُ
خِيَارِ الرُّؤْيَةِ

لَمَّا شرَع بذِكْرِ أنواعِ الخِيارِ: قدَّمَ ما كان تَأثيرُه أكثرَ في العَقْدِ علىٰ غيرِه علىٰ التوالي؛ وذلك لأن الموانعَ خمسةٌ: مانعٌ يَمْنَعُ انعقادَ العِلَّةِ؛ كَالبَيْعِ المضافِ إلىٰ حُرٍّ، ومانعٍ يَمْنَعُ تمامَ العِلَّةِ، كَالبَيْعِ المضافِ إلىٰ مالٍ غيرِ مملوكٍ، حيثُ لا يَتِمُّ الانعقادُ في حقِّ المالكِ، ومانعٌ يَمْنَعُ ابتداءَ الحُكْمِ، كَخِيارِ الشَّرْطِ، ومانعٌ يَمْنَعُ تمامَ الحُكْمِ، كَخِيارِ الرُّؤْيَةِ، حتَّىٰ لا تَتِمَّ الصَّفْقَةُ بالقبضِ، ومانعٌ يَمْنَعُ لزومَ الحُكْمِ، كَخِيارِ العَيْبِ، حتَّىٰ يتمَكَّنَ مِن ردِّهِ بعدَ تمامِ الصَّفْقَةِ [٥/٩٢و/م] بالقبضِ. كذا ذكَر شمسُ الأئمَّةِ [٢/٧٨ظ] السَّرَخْسِيُّ في «**أصوله**»، في فصل: بيانُ فَسادِ القولِ بجوازِ التخصيصِ في العِلَلِ الشرعيةِ[2].

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ شَيْئًا لَمْ يَرَهُ؛ فَالْبَيْعُ جَائِزٌ، وَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَآهُ، إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[3].

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «غ».

(٢) ينظر: «أصول السرخسي» [٢/٢١٠].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨١].

. . . .

وقال الشَّافعيُّ ـ في أحدِ قَوْلَيْه ـ: البَيْعُ باطلٌ، وهو اختيارُ المُزَنيِّ[(١)].

قال في «وَجِيزهم»: «ولعلَّه أصحُّ القولَيْنِ»[(٢)].

له: أن البَيْعَ مجهولٌ، وبَيْعُ المجهولِ لا يَصِحُّ، كما إذا باع الشيءَ برَقْمِه، وكذا لوِ اشْتَرىٰ بأيِّ ثَمَنٍ شاءَه المُشْتَرِي، أوْ شاءَه البائعُ، وكما لوِ اشْتَرىٰ أحدَ هذه العبيدِ الأربعةِ، أو الثِّيابِ الأربعةِ علىٰ أنْ يَخْتَارَ أيَّها شاء، وكما إذا باع اللَّبنَ في الضَّرْعِ، أو البَذْرَ في البِطِّيخِ، أو الدُّهْنَ في [٩/٤و/د] السِّمْسِمِ، أو الصُّوفَ علىٰ ظَهْرِ الشاةِ؛ فلا يَصِحُّ البَيْعُ في هذه الصورةِ؛ لجهالةِ المبيعِ، فكذا بَيْعُ ما لَمْ يرَه المُشْتَرِي.

ولنا: ما روَىٰ أبو حَنِيفَةَ: بإسنادِه عَنِ النَّبيِّ ﷺ أنه قال: «**مَنِ اشْتَرَىٰ مَا لَمْ يَرَهُ؛ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَآهُ**»[(٣)].

---

(١) وهو مذهب الشافعي الجديد. ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [١٤/٥]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [١٥/٢]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٥١/٤].

(٢) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٥١/٤].

(٣) أخرجه: الدارقطني في «سننه» [٤/٣]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٢٦٨/٥]، من طريق: عُمَر بْن إِبْرَاهِيمَ بْنِ خَالِدٍ قال: عن وَهْب الْيَشْكُرِيِّ، وَأَخْبَرَنِي فُضَيْلُ بْنُ عِيَاضٍ، عَنْ هِشَامٍ، وَأَخْبَرَنِي الْقَاسِمُ بْنُ الْحَكَمِ، عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ، عَنِ الْهَيْثَمِ كلهم (هشام والهيثم ووهب) عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه مرفوعًا به نحوه.

قال الدارقطني: «عُمَر بن إبراهيم يقال له: الكرْدِيُّ، يضع الأحاديث، وهذا باطل لا يصح، لَمْ يروه غيره، وإنما يُرْوَىٰ عن ابن سِيرِينَ موقوفًا مِن قوله».

وقال ابنُ أبي العز: «هذا حديث ضعيف. قال في «المغني»: يرويه عُمَر بن إبراهيم الكرْدِيِّ، وهو متروك الحديث. وقال البيهقي: قال أبو الحسن الحافظ: عمر بن إبراهيم يضع الحديث، وأخرجه مِن طريق أخرىٰ وضَعَّفها». ينظر: «التنبيه علىٰ مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٣٥١/٤]، و«التلخيص الحبير» لابن حجر [١٧٣٢/٤].

. . . .

وذكَره[1] محمدٌ في كتابِ «المَأْذُونِ»، وفي «السِّيَر الكبير»[2] أيضًا.

ورَوَىٰ التِّرْمِذِيُّ في «جامعه»: بإسنادِه إلىٰ مُحَمَّدِ بْنِ سِيرِينَ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَىٰ أَنْ يُتَلَقَّىٰ الجَلَبُ[3]، وَإِنْ تَلَقَّاهُ إِنْسَانٌ، فَابْتَاعَهُ؛ فَصَاحِبُ السِّلْعَةِ فِيهَا بِالخِيارِ إِذَا وَرَدَ السُّوقَ»[4].

قال أبو بكرٍ الرَّازِيُّ: «ولا معنَىٰ لهذا الخبرِ، إلا أنه اشْتَرَىٰ الشيءَ في وعائِه، ثم حمَلَه إلىٰ السُّوقِ، فنظَر إليه، فجَعَل له فيه خِيارَ الرُّؤْيةِ؛ لأنَّ العادةَ كانت فيمَنْ يَتلقَّىٰ الجَلَبَ أنْ يَشْتَرِيَ الحِمْلَ علىٰ ظَهْرِ البَعِيرِ، فلا يَفْتَحُهُ حتَّىٰ يُؤَدِّيَهُ إلىٰ بيتِه»[5]. ولأنه باع مالًا مملوكًا معلومَ الأصلِ[6]، مقدورَ التَّسْليمِ؛ فيَصِحُّ.

غايةُ ما في البابِ: أن فيه جهالةَ الوَصْفِ، وهي لا تُفْضِي إلىٰ المُنَازعةِ، فلا تَكُونُ الجهالةُ مانعةً مِن صحَّةِ العَقْدِ، بل أثرُها في نفْيِ اللُّزومِ؛ لأنه إنْ رَضِيَ قَبِلَ،

---

(١) وقع بالأصل: «وذكر». والمثبت من: «ن»، و«م».

(٢) لَمْ نظفر به في القدر المطبوع مِن: «السِّيَر الكبير/ بشَرْح السرخسي». وقد كان الشارح (السرخسِيّ) يتصرَّف في عبارة الأصل بالتلخيص وتحصيل المعنىٰ علىٰ عادة كثير مِن الشُّرَّاح، ولا يكاد يوجد: «السِّيَر الكَبِير» إلا ممزوجًا بالشروح عليه.

(٣) **الْجَلَبُ** ـ بفتح اللام ـ: مصدر بمعنىٰ اسم الْمَفْعُول. أي: الْمَجْلُوبُ. يقال: جَلَبَ الشَّيْءَ. أي: جَاءَ به من بَلَدٍ إلىٰ بَلَدٍ لِلتِّجَارَة. ينظر: «تحفة الأحوذي» للمباركفوري [٤/٣٤٦].

(٤) أخرجه: مسلم في «صحيحه» في كتاب البيوع/ باب تحريم تلقي الجلب [رقم/ ١٥١٩]، وأحمد في «مسنده» [٢/٤٠٣]، وأبو داود في كتاب الإجارة/ باب في التلقي [رقم/ ٣٤٣٧]، والترمذي في كتاب البيوع/ باب ما جاء في كراهية تلقي البيوع [رقم/ ١٢٢١]، وغيرهم من طريق: محمد بن سيرين عن أبي هريرة رضي الله عنه به نحوه. وهذا لفظ الترمذي، وهو عند مسلم مختصرًا علىٰ الفقرة الأُولىٰ منه.
قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب».

(٥) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٣/٩٨].

(٦) وقع في «ن»: «معلوم الأجل».

....

غاية البيان

وإلا رَدَّ [٥/٩٢ظ/م]، فصار كتَرْكِ بيانِ الجنسِ، والنوعِ، والقَدْرِ، والوَصْفِ في المشارِ إليه؛ ولأنه عَقْدٌ شرْعِيٌّ، فلا تَكُونُ رُؤْيَةُ المَعْقُودِ عليه شرْطًا كَالنِّكَاحِ، ولهذا يَصِحُّ بَيْعُ الصُّبْرَةِ وإنْ لَمْ يرَ المُشْتَرِي باطنَها، وكذا يَصِحُّ بَيْعُ الثَّوْبِ المَطْوِيِّ وإنْ لَمْ يَرَ باطنَه.

والمعنَىٰ في الكلِّ: أن الجهالةَ لا تُفْضِي إلىٰ المُنَازعَةِ، ولهذا لو باع قَفِيزًا مِن الصُّبْرَةِ جاز؛ لأنه لا يُفْضِي إلىٰ المُنَازعةِ، بخلافِ بَيْعِ شَاةٍ مِن القطيعِ، فإنه لا يَصِحُّ؛ لإفضائِه إلىٰ المُنَازعةِ؛ لأن عينَ المَبِيعِ ليست بمعلومةٍ، وفيما نحنُ فيه المَبِيعُ معلومٌ عندَ البائعِ ممتازٌ عن أعيانٍ أُخرَ، وعليه تسليمُه، فالظاهرُ أنه يُسَلِّمُه دون غيرِه [٩/٤ظ/د]، فبَعْدَ ذلك إذا رَضِيَ المُشْتَرِي قَبِلَ، وإنْ لَمْ يرْضَ فُسِخَ العَقْدُ بإذْنِ الشَّرْعِ، كما إذا اشْتَرَىٰ عيْنًا فوجَدَه مَعِيبًا.

وبجهالةِ الوَصْفِ يَنْعَدِمُ تمامُ الرِّضا، وتمامُ الرِّضا شرْطُ انْبرَامِ العَقْدِ، لا شرْطُ جوازِه، ولهذا يَجُوزُ البَيْعُ بشَرْطِ الخِيارِ معَ عدمِ تمامِ الرِّضا، وكذلك يَجُوزُ معَ خِيارِ العَيْبِ، ولأن العَقْدَ يَصِحُّ معَ عدمِ رُؤْيةِ ما هو المقصودُ، كَلُبِّ الجَوْزِ واللَّوْزِ، وباطنِ البيْضِ، فمَعَ عدمِ رُؤْيةِ ما ليس بمقصودٍ ـ وهو قِشْرُهُ ـ أَوْلَىٰ وأحْرَىٰ.

والجوابُ عمَّا قاسَ عليه الشَّافعيُّ فنَقُولُ: إنما لَمْ يَصِحَّ البَيْعُ بالرَّقْمِ؛ لأنه يَحْتَمِلُ السقوطَ، فيُفْضِي إلىٰ المُنَازعةِ، حتَّىٰ لو حصَل الأمْنُ عنه بالإعلامِ [٢/٧٩و] في المجلسِ صحَّ أيضًا، وفي البَيْعِ بأيِّ ثَمَنٍ شاء مَوْتُ مَن له المشيئةُ، أَوْ إنكارُ الآخَرِ تفويضَ المشيئةِ ـ إذا لَمْ يشأ ما يَرْضَاهُ ـ مُحْتَمَلٌ، فيُفْضِي إلىٰ المُنَازعةِ.

وفي بَيْعِ أحدِ العبيدِ الأربعةِ، والثِّيابِ الأربعةِ، إنما لَمْ يَصِحَّ؛ لكونِ المَبِيعِ[1]

---

(١) وقع بالأصل: «البيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: لَا يَصِحُّ الْعَقْدُ أَصْلًا ؛ لِأَنَّ الْمَبِيعَ مَجْهُولٌ . وَلَنَا: قَوْلُهُ ﷺ: «مَنِ اشْتَرَىٰ شَيْئًا لَمْ يَرَهُ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَآهُ» ؛ وَلِأَنَّ الْجَهَالَةَ لِعَدَمِ الرُّؤْيَةِ

غاية البيان

مجهولًا جهالةً تُفْضِي إلىٰ المُنَازعةِ ، ولعدمِ الحاجةِ ، بخلافِ أحدِ الأثوابِ الثلاثةِ ، حيثُ يَصِحُّ البَيْعُ عندَنا للحاجةِ إلىٰ ذلك ، وقد مَرَّ بيانُه قبلَ هذا البابِ في مسألةِ: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ ثَوْبَيْنِ عَلَىٰ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهمَا شَاءَ بِعَشْرَةٍ) .

وأمَّا بَيْعُ اللَّبَنِ [٥/٩٣و/م] في الضَّرْعِ ، أو البَذْرِ في البِطِّيخِ ، أو الصُّوفِ علىٰ ظَهْرِ الشاةِ: فإنما لَمْ يَصِحَّ ؛ لأنه قد يَزْدَادُ فيختَلِطُ المَبِيعُ بغيرِه ، أو ينتَقِصُ ، فيفُوتُ بعضُ المَبِيعِ قبلَ التَّسْلِيمِ ، فيُفْضِي إلىٰ المُنَازعةِ ، والدُّهْنُ في [٩/٥٥و/د] السِّمْسِمِ مجهولٌ ، فيُفْضِي إلىٰ المُنَازَعَةِ ، وفيما نحن فيه لا يُفْضِي إلىٰ المُنَازعةِ ، فبطَلَ القياسُ .

فَإِنْ قُلْتَ: إنَّ الشَّافعيَّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ربَّما يَحْتَجُّ بما رُوِيَ عنِ النَّبيِّ ﷺ: «أَنَّهُ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسَانِ»(١) .

فنقولُ: إن كلمةَ «عندَ» للحَضْرةِ ، فكان نَهْيًا عن بَيْعِ الغائبِ .

قُلْتُ: المرادُ منه: بَيْعُ ما لَمْ يَكُنْ مِلْكًا للبائعِ ؛ بدليلِ ما روىٰ أبو داودَ في

(١) أخرجه: أحمد في «مسنده» [٢/١٧٨] ، وأبو داود في كتاب الإجارة/ باب في الرجل يبيع ما ليس عنده [رقم/ ٣٥٠٤] ، والترمذي في كتاب البيوع/ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك [رقم/ ١٢٣٤] ، والنسائي في «سننه» في كتاب البيوع/ باب بيع ما ليس عند البائع [رقم/ ٤٦١١] ، وابن ماجه في كتاب التجارات/ باب النهي عن بيع ما ليس عندك ، وعن ربح ما لم يضمن [رقم/ ٢١٨٨] ، وغيرهم من حديث: عبد الله بن عَمْرو رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ ، وَلَا شَرْطَانِ فِي بَيْعٍ ، وَلَا رِبْحُ مَا لَمْ يُضْمَنْ ، وَلَا بَيْعُ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ» . هذا لفْظ أحمد.
قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح» .
وقال ابنُ حجر: «رواه الخمسة ، وصحَّحه الترمذي ، وابنُ خزيمة ، والحاكم» . ينظر: «بلوغ المرام» لابن حجر [ص/ ٢٣٣] ، و«البدر المنير» لابن الملقن [٢/١٥٧] .

لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ، لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُوَافِقْهُ يَرُدُّهُ، فَصَارَ كَجَهَالَةِ الْوَصْفِ فِي الْمُعَايَنِ الْمُشَارِ إِلَيْهِ.

وَكَذَا إِذَا قَالَ: رَضِيتُ، ثُمَّ رَآهُ؛ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ مُعَلَّقٌ بِالرُّؤْيَةِ؛

غاية البيان

«السنن»: بإسناده إلى حكيم بْنِ حِزَامٍ رضي الله عنه قَالَ: يَا رَسُولَ اللهِ، يَأْتِينِي الرَّجُلُ فَيُرِيدُ مِنِّي الْبَيْعَ لَيْسَ عِنْدِي، أَفَأَبْتَاعُهُ لَهُ مِنَ السُّوقِ؟ فَقَالَ: «**لَا تَبعْ مَا لَيْسَ عِنْدَكَ**»[1]. وفيما نحن فيه المَبيعُ مِلْكٌ للبائعِ، فلَمْ يَبْقَ حُجَّةٌ.

فَإِنْ قُلْتَ: مَبيعٌ مجهولُ الصِّفَةِ عندَ العَاقِدِ، فكان المَبِيعُ باطلًا، كما إذا قال: بعْتُك ثوبًا.

قُلْتُ: المعنَى في الأصلِ: أنها جهالةٌ في العينِ، بحيثُ تمْنَعُ مِن التَّسْلِيمِ الواجبِ عَقِيبَ العَقْدِ، فلهذا لَمْ يَصِحَّ، وفي الفرعِ ليس كذلك؛ لأن الجهالةَ في الوَصْفِ لا العينِ، فصار كجهالةِ القِيمةِ، فلَمْ يَمْنَعِ التَّسْلِيمُ؛ فصحَّ البَيْعُ.

قولُه: (كَجَهَالَةِ الْوَصْفِ فِي الْمُعَايِنِ الْمُشَارِ).

يَعْنِي: إذا اشْتَرَى ثوبًا مُعايَنًا مشارًا إليه، ولكنَّ عددَ ذُرْعَانِه مجهولٌ، فإنه يَجُوزُ؛ لأن الجهالةَ لا تُفْضِي إلى المُنَازعةِ.

قولُه: (وَكَذَا إِذَا قَالَ: رَضِيتُ، ثُمَّ رَآهُ؛ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ)، ذكَرَ هذا تفريعًا لمسألةِ

(١) أخرجه: أحمد في «مسنده» [٣/٤٠٢]، وأبو داود في كتاب الإجارة/ باب في الرجل يبيع ما ليس عنده [رقم/ ٣٥٠٣]، والترمذي في كتاب البيوع/ باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك [رقم/ ١٢٣٢]، والنسائي في «سننه» في كتاب البيوع/ باب بيع ما ليس عند البائع [رقم/ ٤٦١٣]، وابن ماجه في كتاب التجارات/ باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح مالم يضمن [رقم/ ٢١٨٧]، وغيرهم من حديث: حكيم بن حزام رضي الله عنه. وهذا لفظ أبي داود.

قال الترمذي: «هذا حديث حسن».

وقال ابنُ الملقن: «هَذَا الحديث صَحِيح». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٦/٤٤٨].

لِمَا رَوَيْنَا فَلَا يَثْبُتُ قَبْلَهَا، وَحَقُّ الْفَسْخِ بِحُكْمِ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ لَا مُقْتَضَى الْحَدِيثِ، وَلِأَنَّ الرِّضَا بِالشَّيْءِ قَبْلَ الْعِلْمِ بِأَوْصَافِهِ لَا يَتَحَقَّقُ فَلَا يُعْتَبَرُ قَوْلُهُ: رَضِيتُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ[1].

غاية البيان

القُدُورِيِّ.

يعني: كما أن مَن له خِيارُ الرُّؤْيةِ إذا لَمْ يَقُلْ: رضيْتُ قبلَ الرُّؤْيةِ؛ له خِيارُ الرُّؤْيةِ إذا قال [٩/٥ظ/د]: رضيْتُ قبلَ الرُّؤْيةِ، وذلك لأن الخِيارَ ثبوتُه متعلِّقٌ بالرُّؤْيةِ، فلا يَثْبُتُ قَبلَ الرُّؤْيةِ، فلو كان رِضاهُ قبلَ الرُّؤْيةِ مُسْقطًا للخِيارِ؛ لكان مُسْقطًا للشيءِ قبلَ ثبوتِه، فلا يَجُوزُ، ولو فسخَ [٥/٩٣ظ/م] قبلَ الرُّؤْيةِ صحَّ، ولا روايةَ في هذا، ولكنَّ المشايخَ اختلَفوا. كذا في «**التحفة**»[2].

قال بعضُهم: لا يَصِحُّ فَسْخُه قياسًا على الإجازةِ.

وقال بعضُهم: يَصِحُّ الفَسْخُ دونَ الإجَازةِ.

وذكَر الكَرْخِيُّ: أن الفَسْخَ يَجُوزُ قبلَ الرُّؤْيةِ، ما لَمْ يَتَصَرَّفْ في المَبِيعِ تَصَرُّفًا لا يُمْكِنُ المُشْتَرِي [رَفْعُه][3] مِن العِتقِ وأشباهِه، أوْ يَتَصَرَّفُ تَصَرُّفًا يُوجِبُ لغيرِه فيه حقًّا، مِثْلَ: الإجَارةِ، والرَّهْنِ وغيرِه، فإنَّ ذلك يلزمه البَيْع.

والفرقُ بينَ الفَسْخِ والإجَازَةِ: أن ثبوتَ الفَسْخِ له قبلَ الرُّؤْيةِ بسببِ أن العَقْدَ لَمْ يَقَعْ مُنْبَرِمًا لجهالةِ الأوصافِ، لا باعتبارِ ثبوتِ الخِيارِ له بحُكْمِ الحديثِ، فلَمَّا

---

(١) زَادَ بعده فِي (ط): «بخلاف قَوْله رددت».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٨٢/٢].

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الكَرْخِيّ/ بشرح الكرْمَانِيّ» [ق١٤٧/ب/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٦)]، أو «مختصر الكَرْخِيّ/ بشرح القُدُورِيّ» [١/ق٢٢١/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا (رقم الحفظ: ٨٠٤)].

وَمَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ؛ فَلَا خِيارَ لَهُ، وَكَانَ أَبُو حَنِيفَةَ رحمه الله يَقُولُ: أَوَّلًا لَهُ

كان العَقْدُ واهيًا غيرَ مُنْبَرِمٍ؛ جاز فسْخُه، وليس الإِجَازةُ كذلك؛ لأنه إلزامُ العَقْدِ، وإنما يَمْلِكُ الإلزامَ [٧٩/٢ظ] بسببِ الخِيارِ الذي ثبَتَ[1] بحُكْمِ الحديثِ مُعَلَّقًا بِالرُّؤْيةِ، فيَكُونُ عدمًا قبلَ الرُّؤْيةِ، فلَمْ تَجُزِ الإِجَازةُ.

وهذا معنَىٰ قولِه: (**وَحَقُّ الْفَسْخِ بِحُكْمِ أَنَّهُ عَقْدٌ غَيْرُ لَازِمٍ لَا مُقْتَضَى الْحَدِيثِ**).

أراد به: قوله ﷺ: «**مَنْ اشْتَرَىٰ مَا لَمْ يَرَهُ؛ فَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا رَآهُ**»[2]. ولأن رضاه قبلَ الرُّؤْيةِ لا يُسْقِطُ الخِيارَ بعدَ الرُّؤْيةِ؛ لأن الرِّضا: عبارةٌ عن إرادةِ الشيءِ معَ ضرْبِ استحسانٍ، واستحسانُ الشيءِ قبلَ العِلْمِ بأوصافِه لا يَتحقَّقُ، فلَمْ يَصِحَّ رضاهُ قَبلَ الرُّؤْيةِ.

ثم يَنْبَغِي لك أن تَعْلَمَ: أن خِيارَ الرُّؤْيةِ يَثْبُتُ في شِراءِ الأعيانِ، ولا يَثْبُتُ في الدُّيُونِ، كالسَّلَمِ والأَثْمانِ، وكذلك الثَّمنُ إنْ كان عينًا يَثْبُتُ للبائعِ الخِيارُ فيه، وخِيارُ الرُّؤْيةِ إنما يَثْبُتُ في كلِّ عَقْدٍ يَنْفَسِخُ بالردِّ، كَالْإِجارةِ، والصُّلْحِ عن [٩/٦٩و/د] دَعْوَىٰ مالٍ، والقِسْمةِ والشِّرَاءِ وما أشبَه ذلك مِن العُقُودِ التي يَنْفَسِخُ العَقْدُ بردِّهِ.

ولا يَثْبُتُ خِيارُ الرُّؤْيةِ في كلِّ عَقْدٍ لا يَنْفَسِخُ بردِّه؛ كالمَهْرِ، وبدَلِ الخُلْعِ، وبدَلِ الصُّلْحِ عن القِصَاصِ وما أشبَه ذلك مِن العُقُودِ التي يَكُونُ المردودُ مضمونًا بنفسِه، لا بما يُقابِلُه؛ لأن [٥/٩٤و/م] الردَّ في هذه المواضعِ لا يُفِيدُ؛ لأنه بالردِّ لا يَرْتَفِعُ العَقْدُ، وقيامُ العَقْدِ يُوجِبُ مطالَبَةَ العينِ، فإذا قبضَ يَرُدُّه أيضًا، فيُؤَدِّي إلىٰ ما لا يَتَنَاهَىٰ. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**».

قولُه: (وَمَنْ بَاعَ مَا لَمْ يَرَهُ؛ فَلَا خِيارَ لَهُ).

---

(١) وقع بالأصل: «الذي يَثْبُت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٢) مضىٰ تخريجه.

الْخِيَارُ؛ اعْتِبَارًا بِخِيَارِ الْعَيْبِ وَخِيَارِ الشَّرْطِ؛ ....

غاية البيان

هذا الذي ذكَره مِن لفْظِ القُدُورِيِّ[١]: هو قولُ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه آخِرًا. كذا في «الإيضاح» وغيرِه.

وكان يَقُولُ أَوَّلًا: له الخِيارُ؛ لأن الجهالةَ بصفاتِ المَعْقُودِ عليه وُجِدَتْ في حقِّه، فيَثْبُتُ له الخِيارُ كَالْمُشْتَرِي، وذلك لأن العَقْدَ لا يَلْزَمُ إلا بتمامِ الرِّضا زوالًا وثبوتًا.

أمَّا زوالًا: فكما أن مِلْكَ البائعِ لا يَزُولُ عنه إلا برِضاه.

وأمَّا ثبوتًا: فكما أن المِلْكَ لا يَلْزَمُ علىٰ المُشْتَرِي إلا برِضاه، ثم تمامُ الرِّضا لَمْ يَثْبُتْ مِنَ البائعِ للجهالةِ، فثَبَتَ له الخِيارُ كَالْمُشْتَرِي.

ولهذا لا يَخْتَصُّ خِيارُ العَيْبِ وخِيارُ الشَّرْطِ بأحدِ الجانبَيْن، فكذا خِيارُ الرُّؤْيةِ، أَلَا تَرىٰ أن للبائعِ أنْ يَرُدَّ الثَّمَنَ بِالزِّيافةِ، كما أن للمُشْتَرِي أنْ يَرُدَّ المَبِيعَ بِالعَيْبِ، إلا أن البَيْعَ لا ينْفَسِخُ بردِّ الثَّمنِ؛ لعدمِ الأصالةِ في العَقْدِ، ويَنْفَسِخُ بِرَدِّ المَبِيعِ للأصالةِ.

وَلَا يُقَالُ: خِيارُ الرُّؤْيةِ ثبَتَ بالحديثِ مُعَلَّقًا بِالشِّرَاءِ، فلا يَثْبُتُ [٩/٦٨ظ/د] بالبَيْعُ.

لِأَنَّا نَقُولُ: الحُكْمُ في الأصلِ معقولُ المعنىٰ، والمعنىٰ هو الجهالةُ بصفاتِ المَعْقُودِ عليه، فيَثْبُتُ في الفرعِ مِثْلَ حُكْمِ الأصلِ، بمِثْلِ عِلَّةِ الأصلِ، وهذا الجوابُ[٢] سمَحَ به خاطِري في هذا المقامِ.

وَجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه المرجوعِ إليه: ما رَوىٰ أصحابُنا في كُتُبِهم: «أن

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٨١].

(٢) وقع بالأصل: «وهذا هو الجوابُ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَهَذَا لِأَنَّ لُزُومَ الْعَقْدِ بِتَمامِ الرِّضَا زَوَالًا وَثُبُوتًا، وَلَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ إِلَّا بِالْعِلْمِ بِأَوْصَافِ الْمَبِيعِ، وَذَلِكَ بِالرُّؤْيَةِ، فَلَمْ يَكُنِ الْبَائِعُ رَاضِيًا بِالزَّوَالِ. وَوَجْهُ الْمَرْجُوعِ إِلَيْهِ أَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِالشِّرَاءِ ....

غاية البيان

عُثْمانَ بنَ عَفَّانَ رضي الله عنه بَاعَ أَرْضًا بِالْبَصْرَةِ مِنْ طَلْحَةَ بْنِ عُبَيْدِ اللهِ، فَقِيلَ لِطَلْحَةَ: إِنَّك قَدْ غُبِنْتَ. فَقَالَ: لِي الْخِيارُ؛ لِأَنِّي اشْتَرَيْتُ مَا لَمْ أَرَهُ. وَقِيلَ لِعُثْمَانَ: إِنَّك قَدْ غُبِنْتَ. فَقَالَ لِي الْخِيارُ؛ لِأَنِّي بِعْتُ مَا لَمْ أَرَهُ، فَحَكَّما بَيْنَهُمَا جُبَيْرَ بْنَ مُطْعِمٍ رضي الله عنه، فَقَضَى بِالْخِيارِ لِطَلْحَةَ»[1]. فكان ذلك بحَضْرةِ الصحابةِ من غيرِ نكيرٍ، فحلَّ محلَّ الإجماعِ.

ولأن جانبَ البائعِ لا يُشْبِهُ [٥/٩٤ظ/م] جانبَ المُشْتَرِي؛ لأن المُشْتَرِيَ يَظُنُّه خيرًا مما اشْتَرَىٰ، فيَرُدُّه لفواتِ الوَصْفِ المرغوبِ، والبائعُ [٢/٨٠و] لو رَدَّ لردَّ باعتبارِ أن المَبيعَ[2] أزيدُ مما ظنَّ، فصار كما لو باعَ عبدًا بشَرْطِ أنه مَعِيبٌ، فإذا هو صحيحٌ؛ لَمْ يَثْبُتْ للبائعِ خِيارٌ. كذا في «**الإيضاح**».

قولُه: (وَهَذَا؛ لِأَنَّ لُزُومَ الْعَقْدِ بِتَمامِ الرِّضَا). إشارةٌ إلىٰ قولِه: (**لَهُ الخِيارُ**). أي: ثبوتُ الخِيارِ للبائعِ؛ لعدمِ لزومِ العَقْدِ بعدَ تمامِ الرِّضا.

قولُه: (زَوَالًا)، أي: في جانبِ البائعِ، (وَثُبُوتًا)، أي: في جانبِ المُشْتَرِي، والبيانُ مَرَّ آنِفًا.

قولُه: (وَوَجْهُ الْمَرْجُوعِ إِلَيْهِ)، أي: القولُ المرجوعُ إليه.

---

(١) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/١٠]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٥/٤٣٩]، من طريق: رَبَاحِ بْنِ أَبِي مَعْرُوفٍ الْمَكِّيِّ، عَنِ ابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ، عَنْ عَلْقَمَةَ بْنِ وَقَّاصٍ اللَّيْثِيِّ قَالَ: «اشْتَرَىٰ طَلْحَةُ بْنُ عُبَيْدِ اللهِ مِنْ عُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ مَالًا ...». فذكره بنحوه.

(٢) وقع بالأصل: «أن البيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الإيضاح في شَرْح مختصر الكَرْخِيِّ» للكِرْمَانِيِّ [ق١٤٦/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٦)].

فَلَا يَثْبُتُ دُونَهُ.

وَرُوِيَ أَنَّ عُثْمَانَ بْنَ عَفَّانٍ رضي الله عنه بَاعَ أَرْضًا بِالْبَصْرَةِ مِنْ طَلْحَةَ بْنِ عُبَيْدِ اللهِ فَقِيلَ لِطَلْحَةَ: إِنَّكَ قَدْ غُبِنْتَ، فقَالَ: لِي الْخِيَارُ؛ لِأَنِّي اشْتَرَيْتُ مَا لَمْ أَرَهُ. وَقِيلَ: لِعُثْمَانَ: إِنَّكَ غُبِنْتَ، فقَالَ: لِي الْخِيَارُ؛ لِأَنِّي بِعْتُ مَا لَمْ أَرَهُ. فَحَكَّمَا بَيْنَهُمَا جُبَيْرَ بْنَ مُطْعِمٍ رضي الله عنه. فَقَضَى بِالْخِيَارِ لِطَلْحَةَ، وَكَانَ ذَلِكَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ رضي الله عنهم.

ثُمَّ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ غَيْرُ مُؤَقَّتٍ، بَلْ يَبْقَى إِلَى أَنْ يُوجَدَ مَا يُبْطِلُهُ، وَمَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ مِنَ تَعَيُّبٍ أَوْ تَصَرُّفٍ يُبْطِلُ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ، ثُمَّ إِنْ كَانَ تَصَرُّفًا لَا يُمْكِنُ

غاية البيان

قولُه: (دُونَهُ)، أي: دونَ الشِّرَاءِ. يعني: لا يَثْبُتُ الخِيارُ في غيرِ الشِّرَاءِ.

قولُه: (ثُمَّ خِيَارُ الرُّؤْيَةِ غَيْرُ مُؤَقَّتٍ، بَلْ يَبْقَى إِلَى أَنْ يُوجَدَ مَا يُبْطِلُهُ)، ذكَر هذا تفريعًا لمسألة القُدُورِيِّ.

قال صاحبُ «التحفة» [٩/٧و/د]: «اختلَف المشايخُ فيه ـ يعني: في أن خِيارَ الرُّؤْيةِ مُطْلَقٌ، أوْ مُؤَقَّتٌ ـ: بعضُهم قالوا: يَثْبُتُ مطلقًا، فيَكُونُ له الخِيارُ في جميعِ العمرِ، إلا إذا وجد ما يُسْقِطُهُ. وبعضُهم قالوا: بأنه مُؤَقَّتٌ بوَقْتِ إمكانِ الفَسْخِ بعدَ الرُّؤْيةِ، حتَّى لو تمَكَّنَ مِن الفَسْخِ بعدَ الرُّؤْيةِ، فلَمْ يَفْسَخْ؛ سَقَطَ خيارُه، وإنْ يُوجَدْ منه الإِجَازةُ والرِّضا صريحًا، ولا دلالَةً»[1]. إلى هنا لَفْظُ كتابِ «التحفة».

والصحيحُ: أنه غيرُ مُؤَقَّتٍ؛ لأنه خِيارٌ ثبَتَ في البَيْعِ حُكْمًا؛ لانعدامِ الرِّضا، فيَبْقَى ما بقِيَ السببُ، ولا يتوَقَّتُ كَخِيارِ العَيْبِ، ثم خِيارُ الرُّؤْيةِ يَبْقَى إلى أنْ يُوجَدَ ما يُبْطِلُه، وما يُبْطِلُه هو الذي يُبْطِلُ خِيارَ الشَّرْطِ مِن تَعَيُّبٍ يَقَعُ في المَبيعِ أو تَصَرُّفٍ.

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٨٢].

رَفْعُهُ كَالْإِعْتَاقِ وَالتَّدْبِيرِ ، أَوْ تَصَرُّفًا يُوجِبُ حَقًّا لِلْغَيْرِ كَالْبَيْعِ الْمُطْلَقِ وَالرَّهْنِ وَالْإِجَارَةِ يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ وَبَعْدَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا لَزِمَ تَعَذُّرُ الْفَسْخِ فَبَطَلَ الْخِيَارُ ، وَإِنْ كَانَ تَصَرُّفًا لَا يُوجِبُ حَقًّا لِلْغَيْرِ كَالْبَيْعِ [٨/و] بِشَرْطِ الْخِيَارِ ، ....

غاية البيان

ثم تصرُّفُ المُشْتَرِي إنْ كان تَصَرُّفًا لا يُمْكِنُ رفْعُه ـ كَالْإِعْتَاقِ والتَّدْبِيرِ ـ أو تَصَرُّفًا يَتَعَلَّقُ به حقُّ الغيرِ ـ كَالبَيْعِ المُطْلَقِ ، والرَّهْنِ ، والإِجَارةِ ـ يُبْطِلُ الخِيارَ ، ويَلْزَمُ البَيْعُ ، سواءٌ كان ذلك التصَرُّفُ قبلَ الرُّؤْيةِ أوْ بعدَها ؛ لأن هذه الحقوقَ تَمْنَعُ الفَسْخَ ، فيَلْزَمُ البَيْعُ ، فلَمَّا لزِم تعذَّر الفَسْخُ وبطَلَ الخِيَارُ ، وإنْ كان تَصَرُّفًا لا يُوجِبُ حقًّا للغيرِ ـ كَالبَيْعِ بشَرْطِ الخِيارِ ، أوْ عَرْضِه على البَيْعِ ، [٥/٩٥و/م] أوْ هِبَتِه بلا تسليمٍ.

فإنْ وقَع ذلك قبلَ الرُّؤْيةِ: لا يَبْطُلُ خيارُه ؛ لأنه لا يَبْطُلُ بصريحِ الرضا قبلَ الرُّؤْيةِ ـ بأنْ قال: أبطلْتُ خيارِي قَبلَ أنْ يَرَىٰ ـ فلأنْ لا يَبْطُلَ بدلالةِ الرضا أَوْلَىٰ.

وإنْ وقَع بعدَ الرُّؤْيةِ [٩/٧ظ/د]: يَبْطُلُ خيارُه ؛ لأنه يَدُلُّ على الرِّضا ، فبالرِّضا بعدَ الرُّؤْيةِ يَسْقُطُ الخِيارُ صريحًا ، كان الرِّضا أوْ دلالةً.

ثم خِيارُ الرُّؤْيةِ بعدَ سقوطِه بالبَيْعِ ، أو الإِجَارةِ ، أو الرَّهْنِ إذا عاد إلىٰ مِلْكِه ، بردِّ المَبيعِ بقضاءٍ ، أوْ بفَكِّ الرَّهْنِ ، أوْ بفَسْخِ الإجَارةِ ، لا يَعُودُ خِيارُ الرُّؤْيةِ ؛ لأن الخِيارَ بَطَلَ بعَقْدِه ، فلا يَعُودُ إلا بعَوْدِ مِثْلِ سببه.

ونقَل في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**» عن كتابِ «**الصُّلْحِ**»: أن خِيارَ الرُّؤْيةِ إذا سَقَطَ لا يَعُودُ إلا في روايةٍ عن أبي يوسفَ.

ونقَل في «**خلاصة الفتاوىٰ**» عن «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»: أن الردَّ بخيارِ الرُّؤْيةِ فَسْخٌ قبلَ القبضِ وبعْدَه ، ولا حاجةَ إلىٰ قضاءِ القاضي ، ولا إلىٰ رضا البائعِ ، ولكن يُشْتَرطُ حضْرةُ البائعِ خلافًا لأبي يوسفَ.

وَالْمُسَاوَمَةُ وَالْهِبَةُ مِنْ غَيْرِ تَسْلِيمٍ لَا يُبْطِلُهُ قَبْلَ الرُّؤْيَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرْبُو عَلَىٰ صَرِيحِ الرِّضَا، وَيُبْطِلُهُ بَعْدَ الرُّؤْيَةِ لِوُجُودِ دِلَالَةِ الرِّضَىٰ.

قَالَ: وَمَنْ نَظَرَ إِلَىٰ وَجْهِ الصُّبْرَةِ، أَوْ إِلَىٰ ظَاهِرِ الثَّوْبِ مَطْوِيًّا، أَوْ إِلَىٰ وَجْهِ الْجَارِيَةِ، أَوْ إِلَىٰ وَجْهِ الدَّابَّةِ، وَكَفَلِهَا؛ فَلَا خِيَارَ لَهُ.

غاية البيان

قولُه: (وَالْمُسَاوَمَةُ).

يُقَالُ: سامَ البائعُ السِّلْعَةَ؛ عرَضها وذَكَر ثمنَها، وسامَها المُشْتَرِي بمعنَىٰ: استامَها سَوْمًا، ومنه: «**لَا يَسُومُ الرَّجُلُ عَلَىٰ سَوْمِ أَخِيهِ**»[1]. أي: لا يَشْتَرِي. كذا ذكر صاحبُ «**المغرب**»[2].

قولُه: (لَا يَرْبُو)، أي: لا يَزِيدُ.

[٨٠/٢ظ] **قال ابنُ دُرَيْدٍ:** «رَبَا الشيءُ يَرْبُو رَبْوًا[3] إذا ارتفَع، وكذلك رَبَا جِلْدُه رَبْوًا إذا ورِمَ، وأصابهُ رَبْوٌ مِن مَشْيٍ، أوْ عَدْوٍ؛ إذا علَتْ أنفاسُه»[4].

قولُه: (وَمَنْ نَظَرَ إِلَىٰ وَجْهِ الصُّبْرَةِ، أَوْ إِلَىٰ ظَاهِرِ الثَّوْبِ مَطْوِيًّا، أَوْ إِلَىٰ وَجْهِ الْجَارِيَةِ، أَوْ إِلَىٰ وَجْهِ الدَّابَّةِ، وَكَفَلِهَا[5]؛ فَلَا خِيَارَ لَهُ). هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[6].

والأصلُ: أن رُؤْيةَ جميعِ أجزاءِ المَبيعِ ليست بشَرْطٍ لتعذُّرِها؛ لأنها لا تتأتَّىٰ،

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/٤٢٣].

(٣) في: «ن»: «يَرْبُو رَبْوًا ورُبُوًّا».

(٤) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٣٣٠].

(٥) **الكَفَلُ** ـ بالتحريك ـ: هو العَجُزُ والرِّدْفُ من الإنسان والدَّابَّة. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [١٥/٦٥٧/مادة: كفل].

(٦) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨١].

وَالْأَصْلُ فِي هَذَا أَنَّ رُؤْيَةَ جَمِيعِ الْمَبِيعِ غَيْرُ مَشْرُوطٍ لِتَعَذُّرِهِ فَيَكْتَفِي بِرُؤْيَةِ مَا يَدُلُّ عَلَى الْعِلْمِ بِالْمَقْصُودِ.

فيُكْتَفَىٰ بِرُؤْيَةِ ما يَدُلُّ على المقصودِ؛ لأن الغرضَ من الرُّؤْيةِ: معرفةُ ما هو المقصودُ، فإذا حصَل رُؤْيَةُ ذلك؛ صار كأنه رأىٰ الجميعَ، فيَسْقُطُ [٩/٨و/د] الخِيارُ.

إذا ثَبَتَ هذا نَقُولُ: لا يَخْلُو: إمَّا إنْ كان المَعْقُودُ عليه شيئًا واحدًا أوْ أشياءَ.

فإنْ كان أشياءَ: فلا يَخْلُو: إمَّا ألَّا تتَفاوَتُ آحادُه، كَالمَكِيلِ، والمَوْزُونِ، والعَدَدِيِّ المُتَقَارِبِ، فإذا رأىٰ البعضَ ورَضِيَ به؛ يَكُونُ ذلك رضًا بالبعضِ [٥/٩٥ظ/م] الذي لَمْ يَرَهُ، إذا كان مِثْلَ ما رأىٰ.

فعلَىٰ هذا: يَكُونُ النظرُ إلىٰ وَجْهِ الصُّبْرَةِ مُسْقِطًا للخِيارِ، إذا كان الباقي مِثْلَ ذلك؛ لأن رُؤْيَةَ البعضِ تُعَرِّفُ حالَ الباقي؛ لأنَّ الحِنْطَةَ والشَّعِيرَ تُعْرَضُ بِالنَّمُوذَجِ، ولكن هذا فيما إذا كان المَكِيلُ في وعاءٍ واحدٍ.

أمَّا إذا كان في وعاءَينِ: اختلَف المشايخُ:

قال مشايخُ العراقِ: رُؤْيةُ أحدِهما كرُؤْيةِ الكلِّ.

وقال مشايخُ بلْخَ: لا تَكُونُ رُؤْيَةُ أحدِهما كَرُؤْيةِ الآخرِ؛ لأنهما شيئَانِ متىٰ كانا في وعاءَينِ. والأصحُّ هو الأوَّلُ، وهو المَرْوِيُّ عن أبي يوسفَ. كذا في «**التحفة**»[١].

لأن تعريفَ الباقي فيما إذا كان الكلُّ في وعاءٍ واحدٍ باعتبارِ المُمَاثَلَةِ، لا باعتبارِ اتِّحادِ الوعاءِ، وإنْ كان يَتفاوَتُ آحادُه كَالعَدَدِيَّاتِ المُتَفَاوِتَةِ، نحوِ الثِّيَابِ في صندوقٍ، والبَطَاطِيخِ في شَرِيجَةٍ[٢]، ونحوِ الرُّمَّاناتِ والسَّفَرْجَلاتِ في قُفَّةٍ،

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٨٦/٢].

(٢) **الشَّرِيجةُ**: شيءٌ يُنسَجُ من سَعَفِ النَّخْلِ يُحمَلُ فيهِ البِطِّيخُ ونَحْوُه. ينظر: «صحاح اللغة» للجوهري [٣٢٤/١/مادة: شرج].

....

فإنَّ رُؤْيةَ البعضِ لا تُعْتَبرُ رُؤْيةً في الباقي، ويَكُونُ على خيارِه ما لَمْ يَرَ الكُلَّ؛ لأن رُؤْيةَ البعضِ لا تُعَرِّفُ الباقيَ للتفاوتِ.

وجعَلَ الكَرْخِيُّ الجَوْزَ والبَيْضَ في «**مختصره**»: مِن العَدَدِيَّاتِ المُتَفاوِتَةِ، وقال: رواهُ ابنُ شُجَاعٍ[1] عن الحسنِ عن أبي حَنِيفَةَ، واختارَه صاحبُ «**الإيضاح**»؛ لأنه يَخْتَلِفُ بالصِّغَرِ والكِبَرِ، فلا تَكُونُ رُؤْيَةُ البعضِ دليلًا على رُؤْيةِ الباقِي.

وقال [٩/٨٨ظ/د] **صاحبُ «الهداية»: (وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ: مِثْلَ الْحِنْطَةِ، وَالشَّعِيرِ؛ لِكَوْنِهَا مُتَقَارِبَةً)**. وإلى هذا الوَجْهِ مال صاحبُ «**الفتاوى الصغرى**».

أمَّا إذا كان المَعْقُودُ عليه شيئًا واحدًا؛ كالعبدِ والجاريةِ، فرأى الوَجْهَ دونَ سائرِ الأعضاءِ؛ يَسْقُطُ خيارُه؛ لأن الوَجْهَ هو المقصودُ في شِراءِ بني آدمَ وغيرُه تَبَعٌ، ولهذا تَتَفاوَتُ القِيمَةُ بتفاوتِ الوَجْهِ، وإنْ كان سائرُ الأعضاءِ سواءً بينَ الجاريتَيْنِ، أو العبدَيْنِ، ولو رأى سائرَ الأعضاءِ دونَ الوَجْهِ؛ فهو على خيارِه؛ لأنه لَمْ يَرَ المقصودَ، هذا في بني آدمَ.

وأمَّا في سائرِ الحيواناتِ ـ كالفَرَسِ، والبَغْلِ، والحمارِ ـ: ذكَر [٥/٩٦و/م] ابنُ سَماعةَ: عن محمدٍ أنه قال: «إنْ نظَر إلى عَجُزِه سقَطَ خيارُه، وإنْ لَمْ يَرَ فهو على خيارِه»، جَعَلَ العَجُزَ في سائرِ الحيوانِ كالوَجْهِ في بني آدمَ. كذا في «**التحفة**»[2].

وذكَر الكَرْخِيُّ في «**مختصره**»: أنَّ أبا يوسفَ قال: «لا يَكُونُ النظرُ إلى وَجْهِ

---

(١) وقع في «م»: «رواه ابنُ سماعة». ثم قال الناسخ بالحاشية: «كذا نسخة المؤلف»! ثم صوَّب أنه ابن شجاع، وكذا أشار الناسخُ في حاشية: «ن»، إلى كونه وقَع في بعض النُّسَخ: «رواه ابنُ سماعة»! ووقع في «غ»: «رواه ابنُ سماعة عن ابن شُجَاع عن الحسن»! وهذا خطأ مكشوف، والصواب ما وقع في الأصل وغيره. وكتب بحاشية «د»: «ابن سماعة».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٨٤].

. . . .

الدابَّةِ مُبْطلًا لخيارِ الرُّؤْيةِ، وإذا رأىٰ وَجْهَها ومُؤَخَّرَهَا؛ فلا خِيارَ له[١].

ونقَلَ صاحبُ «**الأجناس**» [٨١/٢و] عن كتاب «**المجرَّد**»: «عن أبي حَنِيفَةَ ـ في الدابَّةِ: إذا رأىٰ عنُقَها، أوْ فَخِذَها، أوْ ساقَها، أوْ جَنْبَها، أو صدرَها: ليس له خِيارُ الرُّؤْيةِ. ولو رأىٰ حافِرَه، أوْ ناصِيتَه، أوْ ذنَبَه؛ فليس ذلك بِرُؤْيةٍ».

ثم قال في «الأجناس»: «قال في «**البيوع**» ـ إملاءً ـ: إذا رأىٰ وَجْهَ الدابَّةِ ومُؤَخَّرَها؛ ليس له خِيارُ الرُّؤْيةِ، وإنْ رأىٰ أحدَ الأمرَيْنِ؛ فله خِيارُ الرُّؤْيةِ».

وقال الكَرْخِيُّ في «مختصره»[٢]: «قال أبو يوسفَ: وإنْ كانت شَاةَ قِنْيَةٍ[٣]؛ فلا بُدَّ مِن النظرِ إلىٰ ضَرْعِها وبقيَّةِ جسدِها، وإنْ كانت شَاةَ لحْمٍ؛ فلا بُدَّ مِن [٩/٩و/د] المَجَسَّةِ[٤]، حتَّىٰ يُعْرَفَ الهُزَالُ والسِّمَنُ».

ثم قال: «فإنْ رأىٰ ذلك مِن بعيدٍ، ولَمْ يَجُسَّه؛ فلَه الخِيارُ، وذلك لأن السِّمَنَ لا يَظْهَرُ مِن الصُّوفِ، فلا بُدَّ مِن الجَسِّ».

وأمَّا في غيرِ الحيوانِ: فيُنْظَرُ: إنْ كان شيءٌ منه مقصوداً عندَ الناسِ في العادةِ، كالوَجْهِ في المَعافِرِ[٥] . . . .

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٤٨].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٤٨].

(٣) **يقال**: شَاةُ قِنْيَة ـ أو قُنْية ـ: إذَا اقْتَنَيْتَها لنفْسِك، لَا للتِّجارة. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [١١٧/٤/مادة: قنا].

(٤) **المَجَسَّةُ**: موْضِع الجَسِّ. والجَسُّ: اللمْسُ باليد للتعرُّف. يقال: جَسَّهُ الطبيبُ؛ إذا مسَّهُ ليعْرِف حرارتَه مِن بُرُودته، وجَسَّ الشاةَ ليعْرِف سِمَنَها مِن هُزَالها. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١٤٦/١].

(٥) وقع بالأصل: «المغافر». بالغين المعجمة. والمثبت من: «ن»، و«م».

والْمَعَافِر: هي ضربٌ مِن الأثواب والْبُرُود، تُنْسَب إلىٰ مَعَافِر بِاليَمَن، وهُم حَيٌ مِن هَمْدان تُنْسَب=

. . . .

والطَّنَافِسِ[(١)]؛ يَسْقُطُ الخِيارُ بِرُؤْيَةِ الوَجْهِ كما في بني آدمَ، وإنْ رأى الظهْرَ لا يَسْقُطُ. كذا ذكَر الحسنُ في «المجرَّد» عن أبي حَنِيفَةَ.

وإنْ لَمْ يكن منه شيءٌ مقصودٌ كَالكِرْبَاسِ؛ تَكُونُ رُؤْيَةُ البعضِ كَرُؤْيَةِ الباقي؛ لأنها تُعَرِّفُ الباقيَ؛ لأنَّ التفاوُتَ في ثوبٍ واحدٍ منه يَسِيرٌ، إلا إذا وجَدَ الباقيَ دونَ ما رَآه، فحينَئِذٍ يَكُونُ له الخِيارُ.

وقال الصدرُ الشهيدُ في «شرح الجامع الصغير»: «إذا كان في الثَّوْبِ شيءٌ مقصودٌ لَمْ يَقَعْ بَصَرُه عليه نحوَ الأعلامِ؛ فله الخِيارُ».

وإنْ كان المعقودُ عليه دارًا: قال الصدرُ الشهيدُ في آخرِ «**البيوع**» من «**شرح الجامع الصغير**»: قال في «**الكتاب**»: «إذا رأى [٥/٩٦ظ/م] الدَّارَ مِن خارجٍ؛ يَبْطُلُ الخِيارُ»[(٢)].

وكذا قال في كتاب «القِسْمَةِ» ـ في البُسْتَانِ ـ: «إذا رأى الأَشْجارَ من الخارجِ؛ يَبْطُلُ الخِيارُ».

ثم قال: «قال عامَّةُ مشايخِنا: هذا في عُرْفِهم، فإنِ الباطنُ كان لا يُخالِفُ الخارجَ؛ فيقَعُ التعريفُ.

فأَمَّا في بلادِنا: فإنَّ الباطنَ يُخالِفُ الظاهرَ، فلا بُدَّ من وقوعِ البصَرِ على الباطنِ».

وقال في «التحفة»: «قال مشايخُنا: تأويلُ ما ذكَر في كتاب «**القِسْمَةِ**»: أنه إذا

= إليهم الثياب الْمَعَافِرِيَّة. ينظر: «النظم المستعذب» للركبي [٢/٣٠٢].

(١) **الطَّنَافِسُ**: جَمْعُ طِنْفِسَة، وهي بِسَاطٌ له خَمْلٌ رَقِيقٌ. وقيل: هو ما يُجْعَلُ تَحْتَ الرَّحْلِ على كَتِفَي البَعِير. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [٢/٣٧٤/مادة: طفس].

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص٤٤٤].

. . . .

لَمْ يَكُنْ داخلَ الدَّارِ أَبْنِيَةٌ، فأَمَّا إذا لَمْ يَكُنْ فيها أَبْنِيَةٌ؛ لا يَسْقُطُ الخيارُ، ما لَمْ يَرَ داخلَ الدَّارِ كلَّه أوْ بعضَه؛ لأن الداخلَ هو المقصودُ، والخارجُ كالتبَعِ»[١].

ونقَل [٩/٩ظ/د] في «**العيون**»: «عن الحسنِ عن أبي حَنِيفَةَ: في رَجُلٍ اشْتَرَىٰ دُهْنًا في قَارُورَةٍ، فنظَر إليه في القَارُورةِ، ولَمْ يَصُبَّ علىٰ راحتِه، ولا علىٰ أَصْبَعِه[٢] منه شيئًا؛ فليس بِرُؤْيةٍ، وهكذا روَىٰ هشامٌ عن محمَّدٍ»[٣]. إلىٰ هنا لفْظُ «**العيون**». وذلك لأن لوْنَ الدُّهْنِ مما يَتَغَيَّرُ بلونِ القَارُورةِ.

ثم قال في «العيون»: «ورَوَىٰ ابنُ سَمَاعةَ عن محمَّدٍ أنه قال: إذا رآه في قَارُورَةٍ؛ لَمْ يَكُنْ له خِيارٌ؛ وذلك لأن رؤيتَه مِن الخارجِ تُعَرِّفُ حالَ الدُّهْنِ»[٤].

قال في «التحفة»: «لو نظَر في المرآةِ فرأىٰ المَبِيعَ؛ قالوا: لا يَسْقُطُ خيارُه؛ لأنه ما رأىٰ عَيْنَه، وإنما رأىٰ مِثالَه. وعلىٰ هذا قالُوا: مَن نظَر في المرآةِ، فرأىٰ فرْجَ أُمِّ امرأتِه عن شهوةٍ؛ لا تَثْبُتُ حرمةُ المُصَاهَرةِ، ولو نظَر إلىٰ فَرْجِ امرأتِه المطلَّقةِ طلاقًا رجْعِيًّا عن شهوةٍ في المرآةِ؛ لا يَصِيرُ مُراجِعًا لِمَا قلنا»[٥].

ثم قال في «التحفة»: «ولوِ اشْتَرَىٰ سَمكًا في الماءِ، يُمْكِنُ أَخْذُه من غيرِ اصطيادٍ، فرآه في الماءِ؛ قال [٨١/٢ظ] بعضُهم: يَسْقُطُ خيارُه؛ لأنه رأىٰ عَيْنَ المَبِيعِ. وقال بعضُهم: لا يَسْقُطُ، وهو الصحيحُ؛ لأن الشيءَ لا يُرَىٰ في الماءِ كما هو، بل يُرَىٰ أكبرَ مما هو، فهذه الرُّؤْيةُ لا تُعَرِّفُ حالَه حقيقةً»[٦].

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٨٥/٢].

(٢) هذه لغة رديئة حكاها النحويون، انظر: تاج العروس مادة: صبع.

(٣) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنْدِيّ [ص/ ١٤٧].

(٤) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنْدِيّ [ص/ ١٤٧].

(٥) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٨٨/٢].

(٦) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٨٨/٢].

....

وأمَّا إذا كان المَبيعُ مُغَيَّبًا في الأرضِ: كَالجَزَرِ، والبَصَلِ، والثُّومِ، والفُجْلِ[1]، ونحوِ ذلك لَمْ يُذْكَرْ في ظاهِرِ الروايةِ.

قال صاحبُ «التحفة»: «ورَوَىٰ بِشْرٌ عن أبي يوسفَ أنه قال: إذا كان شيئًا يُكالُ، أوْ يُوزَنُ بعدَ القلْعِ، كَالثُّومِ، والبَصَلِ [٥/٩٧و/م]، والجزَرِ[2]، فَإِنَّهُ إذا قلَع المُشْتَرِي شَيْئًا بِإِذْنِ البائعِ، أَوْ قلَع البائعُ بِرِضا المُشْتَرِي؛ سَقَطَ خِيارُه فِي الْباقِي؛ لِأَن رُؤْيَةَ البعضِ كرُؤْيةِ الْكلِّ، وإنْ قلَعَ المُشْتَرِي بِغَيْرِ إِذْنِ البائعِ؛ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرُدَّ، سَوَاءٌ رَضِيَ بالمقلوعِ أَوْ لَمْ يرْضَ إذا كَانَ المقلوعُ شَيْئا لَهُ قيمَةٌ عِنْدَ النَّاسِ؛ لِأَنَّهُ صَار مَعِيبًا، لِأَنَّهُ كَانَ يَنْمُو، وبالْقلعِ لَا يَنْمُو، وحدوثُ الْعَيْبِ في الْمَبِيعِ في يدِ المُشْتَرِي بِغَيْرِ صُنْعِه يَمْنَعُ الرَّدَّ، فَمَعَ صُنْعِه أَوْلَىٰ.

وإنْ كان شيئًا يُباعُ عددًا، كَالفُجْلِ والسِّلْقِ[3] ونحوِهما؛ فَرُؤْيَةُ البعضِ لا تَكُونُ كرُؤْيةِ الكُلِّ؛ لأن هذا من العَدَدِيَّاتِ المُتَفَاوتةِ، وإذا لَمْ يَكُنِ المقْلوعُ شيئًا له قِيمَةٌ عندَ الناسِ؛ لا يَسْقُطُ خيارُه؛ لأنه لا يَحْصُلُ به العَيْبُ»[4].

ثم قال في «التحفة»: «وذكَر الكَرْخِيُّ مطلقًا مِن غيرِ هذا التفصيلِ، وقال: إذا اشْتَرَىٰ شيئًا مُغَيَّبًا في الأرضِ، مِثْلَ الجَزَرِ، والبَصَلِ، والثُّومِ، وبَصَلِ الزَّعْفَرَانِ[5]،

---

(١) وقع في «غ»: «والثُّوم، والفَحْم».

(٢) ما بعْد هذه الكلمة حتىٰ قوله الآتي: «حتىٰ غاب عن بصَرِه طرفُ بعْضِها». وقَع في الأصل مُشَوَّشًا؛ فيه تقديمٌ وتأخير وخَلْطٌ، وقد أصْلَحْنا ذلك بما يوافِق سائرَ النُّسَخ الأُخرىٰ.

(٣) **السِّلْقُ** ـ بكَسْر السين ـ: بقْلةٌ لها ورَقٌ طوالٌ وأَصْلٌ ذاهِبٌ في الأرض، وورَقُها غَضٌّ طَرِيٌّ يُؤْكَلُ مَطْبُوخًا. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٩٢١].

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٨٧].

(٥) **بصَلُ الزَعْفَران**: أصلُه المُنْدَفِن في الأرض، كالبَصَل المعروف. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١/٧٦].

وَلَوْ دَخَلَ فِي الْبَيْعِ أَشْيَاءُ، فَإِنْ كَانَ لَا تَتَفَاوَتُ آحَادُهَا كَالْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ، وَعَلَامَتُهُ: أَنْ يُعْرَضَ بِالنَّمُوذَجِ يَكْتَفِي بِرُؤْيَةِ وَاحِدٍ مِنْهَا، إِلَّا إِذَا كَانَ الْبَاقِي أَرْدَأَ مِمَّا رَأَىٰ فَحِينَئِذٍ يَكُونُ لَهُ الْخِيارُ. وَإِنْ كَانَ تَتَفَاوَتُ آحَادُهُ كَالثِّيَابِ وَالدَّوَابِّ لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا، وَالْجَوْزُ وَالْبَيْضُ ....

غاية البيان

وما أشبَه ذلك؛ فله الخِيارُ إذا رأىٰ جميعَه، ولا يَكُونُ رؤيةُ بعْضِه مُبْطِلًا خيارَه، وإنْ رَضِيَ بذلك البعضِ: فخيارُه باقٍ إلىٰ أنْ يَرَىٰ جميعَه فيَرْضَىٰ أوْ يَرُدَّ»[1].

وقال في «الإيضاح»: «قال أبو يوسفَ: إذا اختلَف البائعُ والمُشْتَرِي في القلْعِ، فقال المُشْتَرِي: أخافُ إنْ قلَعْتُه لا يَصْلُحُ لي، ولا أَقْدِرُ علىٰ الردِّ، وقال البائعُ: أخافُ إنْ قَلَعتُه لا تَرضَىٰ به، قال: مَن تطوَّعَ بالقلْعِ جاز، وإنْ تَشَاحَّا[2] علىٰ ذلك؛ فَسَخ القاضي؛ لأنه لا يُمْكِنِ الإجبارُ؛ لِمَا فيه مِن الْإِضْرَارِ»[3].

قولُه: (وَعَلَامَتُهُ: أَنْ يُعْرَضَ بِالنَّمُوذَجِ)، أي: علامةُ الشيءِ الذي لا تتفاوتُ آحادُه: أن يُعْرَضَ علىٰ البَيْعِ بالنَّمُوذجِ، كما هو عادةٌ بينَ الناسِ، حيثُ يَحْمِلُ السِّمْسَارُ شيئًا قليلًا مِن المَكيلِ أو المَوْزُونِ إلىٰ المُشْتَرِي حتىٰ يَرَاه، فإنْ أعجبه اشتراه.

والنَّمُوذَجُ - بفَتْحِ النونِ -: بمعنىٰ: الأُنْمُوذَجِ بضَمِّ الهمزةِ مُعَرَّبٌ.

قولُه: (مِنْهَا)، أي: من الأشياءِ التي لا تَتَفَاوتُ آحادُه.

قولُه: (فَحِينَئِذٍ يَكُونُ لَهُ الْخِيارُ)، لأن رُؤْيَةَ البعضِ لَمْ تُعَرِّفِ الباقي.

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٨٧].

(٢) يقال: تَشَاحَّا على الأَمْرِ؛ أي: تنازَعَاه، لَا يُريدانِ أَن يَفوتَهما ذلك الأَمْرُ. ويقال: تَشاحَّ القَوْمُ في الأَمر وعليه؛ أي: شَحَّ به بَعضُهم علىٰ بَعْضٍ وتَبَادَرُوا إليه؛ حَذَرَ فَوْتِه. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٦/٥٠١/مادة: شحح].

(٣) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/ ٥٩].

مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ فِيمَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِثْلَ الْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ لِكَوْنِهَا مُتَقَارِبَةً. إِذَا ثَبَتَ هَذَا نَقُولُ: النَّظَرُ إِلَىٰ وَجْهِ الصُّبْرَةِ كَافٍ؛ لِأَنَّهُ يُعْرَفُ وَصْفُ الْبَقِيَّةِ؛ لِأَنَّهُ مَكِيلٌ يُعْرَضُ بِالنَّمُوذَجِ، وَكَذَا النَّظَرُ إِلَىٰ ظَاهِرِ الثَّوْبِ مِمَّا يُعْلَمُ بِهِ الْبَقِيَّةِ، إِلَّا إِذَا كَانَ فِي طَيِّهِ مَا يَكُونُ مَقْصُودًا كَمَوْضِعِ الْعِلْمِ، وَالْوَجْهُ هُوَ الْمَقْصُودُ فِي الْآدَمِيِّ، وَهُوَ وَالْكِفْلُ فِي الدَّوَابِّ، فَيُعْتَبَرُ رُؤْيَةُ الْمَقْصُودِ، وَلَا يُعْتَبَرُ رُؤْيَةُ غَيْرِهِ. وَشَرَطَ بَعْضُهُمْ رُؤْيَةَ الْقَوَائِمِ. وَالْأَوَّلُ: هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللَّهُ.

وَفِي شَاةِ اللَّحْمِ لَا بُدَّ مِنَ الْجَسِّ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ وَهُوَ اللَّحْمُ يُعْرَفُ بِهِ. وَفِي شَاةِ الْقِنْيَةِ لَا بُدَّ مِنْ رُؤْيَةِ الضَّرْعِ. وَفِيما يُطْعَمُ مِنَ الذَّوْقِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ

غاية البيان

قولُه: (مِنْ هَذَا الْقَبِيلِ)، أي: مِن قَبِيلِ الذي لا تتفاوَتُ آحادُه.

[٥/٩٧ظ/م] قولُه: (فِيمَا ذَكَرَهُ الْكَرْخِيُّ)، أي: في «مختصره»، وقد مَرَّ بيانُ ذلك آنفًا.

قولُه: (وَلَا يُعْتَبَرُ [٢/٨٢و] رُؤْيَةُ غَيْرِهِ)، أي: غيرُ المقصودِ.

قولُه: (وَالْأَوَّلُ: هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ).

أراد بالأوَّلِ: ما ذكَره بقولِه: (وَهُوَ وَالْكَفَلُ فِي الدَّوَابِّ). أي: المقصودُ الوَجْهُ، والكَفَلُ في الدوابِّ، كذلك روَىٰ الكَرْخِيُّ في «مختصره» عن أبي يوسفَ، وقد مَرَّ ذلك.

قولُه: (مِنَ الْجَسِّ)، أي: اللمْسِ باليدِ.

قولُه: (وَفِي شَاةِ الْقِنْيَةِ)، أي: في الشاةِ التي تُتخَذُ للدَّرِّ والنَّسْلِ، لا للتجارةِ.

قولُه: (وَفِيما يُطْعَمُ مِنَ الذَّوْقِ)، أي: لا بُدَّ من الذَّوْقِ كَالدِّبْسِ ونحوِه.

الْمُعَرِّفُ لِلْمَقْصُودِ.

قَالَ: وَإِنْ رَأَىٰ صَحْنَ الدَّارِ ؛ فَلَا خِيارَ لَهُ وَإِنْ لَمْ يُشَاهِدْ بُيُوتَهَا ، وَكَذَلِكَ إِذَا رَأَىٰ خَارِجَ الدَّارِ أَوْ رَأَىٰ أَشْجَارَ الْبُسْتَانِ مِنْ خَارِجٍ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ رَأَىٰ صَحْنَ الدَّارِ ؛ فَلَا خِيارَ لَهُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[(١)] ، ولَمْ يَذْكُرْ فيه أن رُؤْيَةَ خارجِ الدَّارِ مُسْقِطةٌ لخيارِ الرُّؤْيةِ.

وقال محمدٌ في أصلِ «الجامع الصغير»: «عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في الرَّجُلِ يَرَىٰ الدَّارَ من خارجِها ، أوْ يَرَىٰ الثِّيَابَ مَطْوِيَّةً ، فيرَىٰ ظُهورَها ومواضِعَ طَيِّهَا ، ثم يَشْتَرِيها. قال: لا يَكُونُ له خيارٌ في شيءٍ من ذلك»[(٢)].

وكذلك قال في كتابِ «القِسْمَةِ» في البُسْتَانِ: «إن رُؤْيَةَ الأَشْجارِ [٩/١٠و/د][(٣)] من خارجٍ تمْنَعُ الخِيارَ».

قال الفقيهُ أبو الليثِ في «شرح الجامع الصغير»: وفي قولِ ابنِ أبي لَيْلَىٰ وزُفَرَ: خِيارُ الرُّؤْيةِ ما لَمْ يدخُلْ في الدَّارِ ؛ لأن المقصودَ بالدارِ: هو الداخلُ.

قالوا: جوابُ كتابِ «**الجامع الصغير**» وقَع علىٰ عادتِهم ، وقد مَرَّ بيانُ ذلك.

وقال في «شرح الأقْطَع»: «الصحيحُ: ما قاله زُفرُ ، ومرادُ محمدٍ في الثِّيابِ: إذا كانت مُسْتويةً ، فالنظرُ إلىٰ مواضعِ الطَّيِّ مِن الثِّيابِ يَكُونُ بمنزلةِ عِيانِ الكُلِّ».

قال فخرُ الإسلامِ: «ولو كانت مختلفةً حتَّىٰ غابَ عن بصَرِه طرفُ بعْضِها ؛ فله الخِيارُ في الكُلِّ ، وكذلك هذا في حُزَمِ الكَوَاغِذِ[(٤)]».

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/ ٨١].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٦٨].

(٣) سقطت لوحة كاملة من نسخة الأم «د».

(٤) **الكَوَاغِذُ**: جمع: كَاغِذ ـ ويقال له: الكاغَد بالدال المهملة ـ وهو القِرطاسُ. أي: الورق ، فارسي=

وَعِنْدَ زُفَر رَحِمَهُ اللهُ: لَا بُدَّ مِنْ دُخُولِ دَاخِلِ الْبُيُوتِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ جَوَابَ الْكِتَابِ عَلَىٰ وِفَاقِ عَادَتِهِمْ فِي الْأَبْنِيَةِ، فَإِنَّ دُورَهُمْ لَمْ تَكُنْ مُتَفَاوِتَةً يَوْمَئِذٍ، فَأَمَّا الْيَوْمُ فَلَا بُدَّ مِنَ الدُّخُولِ فِي دَاخِلِ الدَّارِ لِلتَّفَاوُتِ، وَالنَّظَرُ إِلَىٰ الظَّاهِرِ لَا يُوقِعُ الْعِلْمَ بِالدَّاخِلِ.

قَالَ: نَظَرُ الْوَكِيلِ كَنَظَرِ الْمُشْتَرِي، حَتَّىٰ لَا يَرُدَّهُ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ، وَلَا يَكُونُ نَظَرُ الرَّسُولِ كَنَظَرِهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ. وَقَالَا: هُمَا سَوَاءٌ، وَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ.

غاية البيان

قال في «الجمهرة»: «صَحْنُ: الدَّار باحتُها»(١).

قولُه: (قَالَ: نَظَرُ الْوَكِيلِ كَنَظَرِ الْمُشْتَرِي، حَتَّىٰ لَا يَرُدَّهُ إِلَّا مِنْ عَيْبٍ، وَلَا يَكُونُ نَظَرُ الرَّسُولِ كَنَظَرِهِ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. وَقَالَا: هُمَا سَوَاءٌ، وَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ). أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورةُ المسألةِ فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: في رَجُلٍ اشْتَرَىٰ مِن رَجُلٍ طعامًا [٥/٩٨و/م] ولَمْ يرَه، فوكَّل المُشْتَرِي رَجُلًا بقَبْضِه، فقبَضَه. قال: ليس للمُشْتَرِي أنْ يَرُدَّ إلا من عَيْبٍ، وإنْ أرسَل المُشْتَرِي رسولًا لقَبْضِه فقبَضَه، فرأىٰ المُشْتَرَىٰ، فلَمْ يَرْضَهُ؛ فله أن يَرُدَّه.

وقال أبو يوسفَ ومحمدٌ: الوَكيلُ والرسولُ سواءٌ، وللمُشْتَرِي أن يَرُدَّه إذا رآه، إنْ شاء أخَذَه، وإنْ شاء ترَكه»(٢). وهذه من المسائلِ المعادةِ.

قال فخرُ الإسلامِ: «والمسألةُ: أن الوَكيلَ بالقبضِ هل يَمْلِكُ [٩/١٠ظ/د] إبطالَ خِيارِ الرُّؤْيةِ؟ وإنما يَمْلِكُ إبطالَه عندَ أبي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، بأنْ يقْبِضَهُ وهو يَنْظُرُ إليه،

= معرَّب. ينظر: «الطراز الأول» لابن معصوم [٦/٢٢٠].

(١) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٥٤٤].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٤٨].

قَالَ رضي الله عنه مَعْنَاهُ الْوَكِيلُ بِالْقَبْضِ، فَأَمَّا الْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ فَرُؤْيَتُهُ تُسْقِطُ الْخِيَارَ بِالْإِجْمَاعِ.

غاية البيان

فأمَّا إذا قبَضه مستورًا، ثم أراد بعدَما نظَر إليه إبطالَ الخِيارِ قصْدًا، فليس له ذلك، كذلك قال عامَّةُ مشايِخنا». هذا لفْظُ كتابِه.

أمَّا الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ: فرُؤْيتُه كرُؤْيةِ المُوكِّلِ بالاتِّفاقِ، فليس للمُوكِّلِ إذا رأىٰ أن يَرُدَّه؛ لأن حقوقَ العَقْدِ راجِعةٌ إلىٰ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ.

وَجْهُ قولهما: أنه وَكِيلٌ بالقبضِ لا بإبطالِ الخِيارِ، فلا يَتَعَدَّىٰ الحُكْمُ من القبضِ إلىٰ إبطالِ الخِيارِ؛ لأن إبطالَ الخِيارِ ليس من القبضِ، ولهذا لو كان رسولًا في القبضِ بأنْ قال: إن فلانًا يَقُولُ: سَلِّمْ إلَيَّ ما اشتريتُه منك، فقبَضه الرسولُ، وهو يَرَاهُ؛ لا يَبْطُلُ خِيارُ المُرْسِلِ، وكذلك الوَكِيلُ بالقبضِ [٨٢/٢ظ] لو قبَضه مستورًا، ثم أراد إبطالَ الخِيارِ؛ ليس له ذلك، وكذلك لو كان في البَيْعِ خِيارُ الشَّرْطِ، أوْ خِيارُ العَيْبِ؛ لا يَسْقُطُ ذلك الخِيارُ بقَبْضِ الوَكِيلِ، فكذا خِيارُ الرُّؤْيةِ.

ووَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ: أن التَّوْكِيلَ بالشيءِ تَوْكِيلٌ بإتمامِه، كَالْوَكِيلِ بالخصومةِ في الدَّينِ، فإنه يَمْلِكُ قَبْضَ الدَّيْنِ؛ لأن القبضَ من تمامِ الخُصُومةِ، وهنا إبطالُ الرُّؤْيةِ من تمامِ القبْضِ، فيثبتُ إبطالُها مُقْتَضَىٰ تتْمِيمِ القبْضِ؛ لأن القبضَ لا يَتِمُّ معَ خِيارِ الرُّؤْيةِ، ولهذا لا يَمْلِكُ المُشْتَرِي التفريقَ بعدَ القبضِ قبلَ سقوطِ الخِيارِ.

إذا كان المُشْتَرَىٰ شيئَيْنِ: فوجَد بأحدِهما عيبًا؛ ليس له أنْ يَرُدَّه وحْدَه؛ كَيْلَا يَلْزَمَ تفريقُ الصَّفْقَةِ، بل يرُدَّهما جميعًا، كما لو كان غيرَ مَقْبُوضٍ.

فَعُلِمَ: أن الرُّؤْيَةَ مِن تمامِ القبضِ، بخلافِ ما إذا وُجِدَ بأحدِهما عيبًا بعدَ سقوطِ الخِيارِ؛ لوجودِ الرِّضا بِالرُّؤْيةِ دلالةً أوْ صريحًا، حيثُ يَكُونُ له أنْ يَرُدَّهُ

....

[٩/١١و/د] وحْدَه، ولا يُعْتَبرُ ذلك تفريقَ الصَّفْقَةِ.

ثم المُوَكِّلُ يَمْلِكُ القبضَ التامَّ والنَّاقِصَ، فكذا الوَكِيلُ [٥/٩٨ظ/م] يَمْلِكُ التامَّ ـ وهو أنْ يقْبِضَهُ وهو أن يَرَاه ـ، والنَّاقِصَ ـ وهو أنْ يَقْبِضَهُ مستورًا ؛ لأنه قائمٌ مقامَه ـ ثم لَمَّا قَبضَ الوَكِيلُ وهو يَنْظُرُ إليه ؛ صَلُح القبضُ دلالةَ الرِّضا ؛ لأن الحالَ حالُ الرِّضا ؛ لأنه قبَضَ وهو يَنْظُرُ، فسقَط الخِيارُ مُقْتَضىٰ تتميمِ القبْضِ، كقَبْضِ المُوَكِّلِ حالةَ النظرِ.

بخلافِ ما إذا قبَضَه مستورًا، حيث لا يَكُونُ له إبطالُ الخِيارِ قصْدًا ؛ لأنه لَمْ يُفَوَّضْ إليه الإبطالُ قصْدًا، وإنما يَثْبُتُ له الإبطالُ مُقْتَضىٰ تتميمِ القبضِ، وهنا لَمَّا حَصَلَ القبضُ النَّاقِصُ انتهىٰ التوكيلُ به، فليس له بعدَ ذلك إبطالُ الخِيارِ، وبخلافِ الرسولِ فإنه لا يَمْلِكُ الإبطالَ أصلًا ؛ إذْ ليس له سِوىٰ تبليغِ الرسالةِ لأنه يَنْقُلُ كلامَ المرْسِلِ، فيَكُونُ القابضُ في الحقيقةِ هو المرْسِلُ، فيَكُونُ إلى المرسِلِ إتمامُ العَقْدِ.

وقال بعضُ مشايخنا في الفَرقِ بينَ الوَكِيلِ والرسولِ: أن الوَكيلَ بالقبضِ وَكِيلٌ بما لا يَتِمُّ القبضُ إلا به، والقبضُ في شِراءِ ما لَمْ يرَه لا يَتِمُّ إلا بعدَ الرُّؤْيةِ والرِّضا، بخلافِ الرسولِ ؛ لأن الرسولَ بالشيءِ لا يَكُونُ رسولًا به، وبما لا يَتِمُّ ذلك الشيءُ إلا به ؛ كالرسولِ بِالشِّرَاءِ لا يَكُونُ رسولًا بالقبضِ، وإنْ كان تمامُ الشِّراء به، فكذا ههنا. كذا ذكَر الوَلْوَالِجيُّ في «**فتاواه**»[1].

وأمَّا خِيارُ الشَّرْطِ: فلا نصَّ فيه عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، كذلك قالوا في «**شروح الجامع الصغير**»، فيُمْنَعُ حينئذٍ ولا يُسَلَّمُ، ولو سُلِّمَ فالفرقُ ظاهرٌ، وهو أن شرْطَ

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣/٢٦٨].

. . . .

الخِيارِ إنما شُرِعَ لِلتَّرَوِّي في أن المَبِيعَ هل يَصْلُح أمْ لا ؟ وذلك لا يَكُونُ إلا بعدَ القبضِ ، فكيفَ [٩/١١ظ/د] يَكُونُ القبضُ مُسْقطًا للخِيارِ ؟

ولهذا إذا قبَض المُوَكِّلُ[1] ما اشتراه بشَرْطِ الخِيارِ وهو يَرَاه ؛ لا يَسْقُطُ خيارُه ، فكذا إذا قبَضَه وكيلُه وهو يَرَاهُ ، بخلافِ خِيارِ الرُّؤْيةِ ، فإن المُوَكِّلَ لو قبَضَه وهو يَرَاه ؛ يَسْقُطُ الخِيارُ إذا وُجِدَ الرِّضا دلالةً أوْ صريحًا[2] ، فكذا يَسْقُطُ الخِيارُ لو قبَضَه الوَكِيلُ كذلك .

وأمَّا خِيارُ العَيْبِ: فإنه لا يَمْنَعُ تمامَ القبضِ ؛ لأنه لَمْ يُشْرَعْ تتميمًا للقبضِ ، بل لتسليمِ الجزءِ الفائتِ[3] ، فتمَّ القبضُ معَ بقاءِ الخِيارِ ، ولهذا كان له ردُّ المعيبِ خاصَّةً بعدَ القبضِ ، ولا يَكُونُ تفريقُ الصَّفْقَةِ قبلَ التمامِ ، فلَمَّا كان المقصودُ من خِيارِ العَيْبِ تسليمُه ، وقد فوَّضَ المُوَكِّلَ إليه الاستيفاءُ ، لا الإسقاطُ [٥/٩٩و/م] ؛ لَمْ يَمْلِكِ الإسقاطَ .

قال فخرُ الإسلامِ في «شرح الجامع الصغير»: «وقولُه في الكتابِ: «إلا من عَيْبٍ» [٢/٨٣و] . يَحْتَمِلُ إلا مِن عَيْبٍ لَمْ يعْلَمْهُ الوَكِيلُ ، فإنْ كان عَلِمَهُ يَجِبُ أنْ يَبْطُلَ خِيارُ العَيْبِ . كذا ذكَره الفقيهُ أبو جعفرٍ ، ولَمْ يُسَلِّمْ مسألةَ خِيارِ العَيْبِ .

والصوابُ عندَنا: ألَّا يَمْلِكَ الوَكِيلُ بالقبضِ إبطالَ خِيارِ العَيْبِ ، فيَكُونُ معناه: عَلِم أوْ لَمْ يَعْلَمْ» . إلىٰ هنا لفْظُ فخرِ الإسلامِ .

وذكَر في «الفوائد الظَّهيريَّة»: أنْ يَقُولَ المُشْتَرِي لغيرِه: كُنْ وَكِيلًا عنِّي في قَبْضِ المَبِيعِ ، وصورةُ الرسولِ أنْ يَقُولَ: كُنْ رسولًا عنِّي .

---

(١) وقع بالأصل: «قبَضه المُوَكِّل» . والمثبت من: «م» .

(٢) وقع بالأصل: «وصريحًا» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» .

(٣) وقع في «غ»: «الجزء الغائب» .

لَهُمَا أَنَّهُ تَوَكَّلَ بِالْقَبْضِ دُونَ إِسْقَاطِ الْخِيَارِ، فَلَا يَمْلِكُ مَا لَمْ يَتَوَكَّلْ بِهِ، وَصَارَ كَخِيَارِ [٨/ظ] الْعَيْبِ[1] وَخِيَارِ الشَّرْطِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قَبَضَهُ مَسْتُورًا، وَأَرَادَ أَنْ يُسْقِطَ الْخِيَارَ قَصْدًا، ولأَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللهُ أَنَّ الْقَبْضَ تَامٌّ، وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ وَهُوَ يَرَاهُ. وَنَاقِصٌ، وَهُوَ أَنْ يَقْبِضَهُ مَسْتُورًا؛ وَهَذَا لِأَنَّ تَمَامَهُ بِتَمَامِ الصَّفْقَةِ، وَلَا تَتِمُّ مَعَ بَقَاءِ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ، وَالْمُوَكِّلُ مَلَكَهُ بِنَوْعَيْهِ، فَكَذَا الْوَكِيلُ. وَمَتَى قَبَضَ الْمُوَكِّلُ وَهُوَ يَرَاهُ سَقَطَ الْخِيَارُ، فَكَذَا الْوَكِيلُ لِإِطْلَاقِ التَّوْكِيلِ، بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْنَع تَمَامَ الصَّفْقَةِ، فَيَتِمُّ الْقَبْضُ مَعَ بَقَائِهِ، وَخِيَارُ الشَّرْطِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ.

وَلَوْ سُلِّمَ فَالْمُوَكِّلُ لَا يَمْلِكُ التَّامَّ مِنْهُ؛ فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ بِقَبْضِهِ؛ لِأَنَّ الاخْتِيَارَ وَهُوَ الْمَقْصُودُ بِالْخِيَارِ يَكُونُ بَعْدَهُ، فَكَذَا لَا يَمْلِكُهُ وَكِيلُهُ، ....

غاية البيان

قولُه: (تَوَكَّلَ بِالْقَبْضِ)، أي: قَبِلَ الوَكَالَةَ.

قولُه: (مَلَكَهُ بِنَوْعَيْهِ)، أي: ملَكَ القبضَ بنوْعَي القبْضِ، وهما التامُّ والنَّاقِصُ، (فَكَذَا الْوَكِيلُ)، أي: يَمْلِكُ الوَكِيلُ أيضًا نَوْعَيِ القبضِ؛ لأنه قائمٌ مقامَ المُوَكِّلِ.

قولُه: (وَخِيَارُ الشَّرْطِ عَلَى هَذَا الْخِلَافِ).

ولا نصَّ في خِيارِ الشَّرْطِ عن أبي حَنِيفَةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. كذا قالوا في «**شروح الجامع الصغير**»، فعلى هذا يَمْنَعُ، ويُقَالُ: لَا نُسَلِّمُ أن خِيارَ الشَّرْطِ يَصْلُحُ أن يَكُونَ مَقِيسًا عليه؛ لأنه ليس [٩/١٢و/د] فيه نصٌّ على الاتِّفاقِ فيه، بل يَجُوزُ أن يَكُونَ الحُكْمُ فيه أيضًا كما في خِيارِ الرُّؤْيَةِ، ولو سُلِّمَ فالفرقُ بينَهُما ما بيَّنّاه آنفًا.

(١) في حاشية الأَصْل: «خ: لعرائه».

وَبِخِلَافِ الرَّسُولِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شَيْئًا، وَإِنَّمَا إِلَيْهِ تَبْلِيغُ الرِّسَالَةِ، وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ التَّسْلِيمُ وَالْقَبْضُ إِذَا كَانَ رَسُولًا فِي الْبَيْعِ أَوِ الشِّرَاءِ.

وَبَيْعُ الْأَعْمَىٰ وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ، وَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا اشْتَرَىٰ؛ لِأَنَّهُ اشترىٰ مَا لَمْ يَرَهُ

غاية البيان

قولُه: (وَبِخِلَافِ الرَّسُولِ)، مَرَّ بيانُه.

قولُه: (وَبَيْعُ الْأَعْمَىٰ وَشِرَاؤُهُ جَائِزٌ، وَلَهُ الْخِيَارُ إِذَا اشْتَرَىٰ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره».

وإنما جاز ذلك عندَنا؛ لأنه اشْتَرَىٰ ما لَمْ يَرَه، وذلك جائزٌ بالحديثِ، وقد مَرَّ في أوَّلِ البابِ.

وعندَ الشَّافعيِّ رضي الله عنه: لا يَجُوزُ شِرَاءُ الْأَعْمَىٰ علىٰ أحدِ قولَيْه، وهو اختيارُ المُزَنِيِّ[1]، ويَصِحُّ سَلَمُه اعتمادًا علىٰ الوَصْفِ.

وجوابُه: أنه لو وَكَّلَ غيرَه بالشِراءِ جاز شِرَاءُ وكيلِه، فشراؤُه بنفسِه أَوْلَىٰ؛ لأن وكيلَه مُشْتَرٍ بأمْرِه.

قال محمدٌ في «الجامع الصغير»: «عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في الْأَعْمَىٰ يَشْتَرِي الشيءَ. قال: نظَرُه إليه جَسُّه إذا كان مما يَجُسُّ. وقال أبو يوسفَ في الْأَعْمَىٰ يَشْتَرِي الشيءَ لَمْ يرَه، فيَقُولُ: قد رضِيْتُ[2]. قال: له أنْ يَرُدَّه. وقال أبو يوسفَ [٥/٩٩ظ/م]: وإنْ كان في مكانٍ لو كان بصيرًا لرَآه، ثم قال: قد رضِيْتُ[3]؛ لَمْ يَكُنْ له أنْ يَرُدَّهُ»[4]. إلىٰ هنا لفْظُ محمدٍ في أصلِ «الجامع الصغير».

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٥/٣٣٨]، و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٣/٣٧]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٤/٥٣]. و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٤/٤٩].

(٢) في «د»: رضيته.

(٣) في «د»: رضيته.

(٤) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٢].

....

وقال في «**الأصل**»: «والأَعْمَىٰ في كلِّ ما اشْتَرَىٰ إذا لَمْ يُقَلِّبْ ولَمْ يَجُسَّ بالخِيارِ، فإذا قلَّبَ وجَسَّ فهو بمنزلةِ النظَرِ من الصحيحِ، ولا خِيارَ له إذا لَمْ يَجِدْ به عيْبًا، وإنْ وجَدَ به عيبًا[1] فهو بمنزلةِ الصحيحِ»[2]. إلىٰ هنا لَفْظُ «**الأصل**».

ولَمْ يَزِدْ علىٰ ذلك، وإنما قال في الكتابِ[3]: «وله الخِيارُ إذا اشْتَرَىٰ»؛ لأنه فيما باعَه بمنزلةِ [٩/١٢ظ/د] البَصِيرِ إذا باع ما لَمْ يَرَهُ علىٰ ما قال أبو حَنِيفَةَ ﵀.

اعلم: أن خِيارَ الأَعْمَىٰ بماذا يَسْقُطُ؟ اختَلفتِ الرواياتُ فيه عن أصحابِنا.

قال صاحبُ «التحفة»[4]: والحاصلُ: أن ما يُمْكِنُ جسُّه وذَوْقُه وشَمُّه، يُكْتَفَىٰ بذلك لسقوطِ خيارِه في أشهرِ الرواياتِ، ولا يُشْتَرطُ بيانُ الوَصْفِ له، ويَكُونُ ذلك بمنزلةِ نظرِ البصِيرِ؛ لأن ذلك أقصَىٰ ما يُسْتَدَلُّ به علىٰ معرفةِ الشيءِ.

وفي روايةِ هشام عن محمَّدٍ: أنه يُعْتَبرُ الوَصْفُ معَ ذلك؛ لأن التعريفَ الكاملَ في حقِّه يَثْبُتُ بهذا، فأمَّا فيما لا يُمْكِنُ جَسُّه كَالثَّمرِ علىٰ رءوسِ الشَّجَرِ؛ فيُعْتَبرُ فيه الوَصْفُ لا غيرَ في أشهرِ الرواياتِ، وهو المَرْوِيُّ عن أبي يوسفَ [٢/٨٣ظ] ومحمَّدٍ في[5] «**شرح الجامع الصغير**» لأبي الليثِ.

وفي روايةٍ: يُوقَفُ في مكانٍ لو كان بصيرًا لرَأىٰ ذلك، ثم يَقُولُ: رضيتُ، فيَكُونُ ذلك بمنزلةِ الرُّؤْيةِ. وهذا القولُ مَرْوِيٌّ عن أبي يوسفَ في «**الجامع الصغير**»

---

(١) وقع بالأصل: «غبنا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في «الأصل/ المعروف بالمبسوط».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٥/١٥٤].

(٣) أي في: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٨١].

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٩١].

(٥) وقع بالأصل: «وفي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

....

علىٰ ما مَرَّ ذِكْرُه.

قال أبو بكر الرَّازِيُّ في شرحِه لـ«مختَصر الطَّحَاوِيِّ»: «وما ذكَر في «**الجامع الصغير**»: بأنه إنْ كان مما لا يُجَسُّ، مِثْلُ: النَّخْلِ والشَّجَرِ، فحتَّىٰ يَقُومَ مقامًا لو كان بصيرًا رآه؛ فلا معنَىٰ له، وقد كان أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ ﵀ يُنْكِرُه؛ لأن مقامهُ في ذلك الموضعِ وفي غيرِه سواءٌ، لا يَسْتَفِيدُ به عِلْمًا»[(١)].

وقال الفقيهُ أبو الليثِ في «شرح الجامع الصغير»: رُوِيَ عن الحسنِ بنِ زيادٍ أنه قال: يُوكِّلُ وَكِيلًا حتَّىٰ يَنْظُرَ إليه، فتَصيرَ رُؤْيةُ الوَكِيلِ كرُؤْيتِه.

وقال الفقيهُ: «قال بعضُهم: يُوقَفُ في مكانٍ لو كان بصيرًا؛ لكان يَرَاه، ومعَ ذلك يُوصَفُ له، وهذا أحسنُ الأقاويلِ. قال: وبه نَأْخُذُ».

[٥/١٠٠و/م] **قال في «التحفة»**: «وأمَّا إذا كان المَبِيعُ دارًا أوْ عَقارًا؛ فالأصحُّ من الرواياتِ: أنه يُكتَفَىٰ فيه بالوصفِ، فإذا رَضِيَ به؛ كان بمنزلةِ النظرِ من البصِيرِ»[(٢)].

وقال في «الشامل»: «وفي العقارِ قيل: يُوصَفُ له. وقيل: يَمَسُّ الحائطَ والبابَ. وقيل [٩/١٣و/د]: يُوقَفُ بحيث لو وَقَفَ البَصِيرُ رآه».

قال صاحبُ «الإيضاح»: «وهذه الرواياتُ لا تَخْتَلِفُ؛ فإن المُعْتَبَر أقصَىٰ ما يُتَصَوَّرُ فيه».

ثم قال فيه: «ولو وُصِفَ له، ثم أبصَر؛ فلا خِيارَ له؛ لأن الخِيارَ قد سَقَطَ فلا يَعُودُ، ولوِ اشْتَرَىٰ البَصِيرُ ثم عَمِيَ؛ انتقَل الخِيارُ إلىٰ الصِّفَة، كأنه كان أعمىٰ عندَ العَقْدِ»[(٣)].

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٩٣/٣].

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٩١/٢].

(٣) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/ ٥٩].

وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ.

ثُمَّ يَسْقُط خِيَارُهُ بِجَسِّهِ الْمَبِيعَ إِذَا كَانَ يُعْرَفُ بِالْجَسِّ، وَبِشَمِّهُ إِذَا كَانَ يُعْرَفُ بِالشَّمِّ، وَبِذَوْقِهِ إِذَا كَانَ يُعْرَفُ بِالذَّوْقِ كَمَا فِي الْبَصِيرِ، وَلَا يَسْقُطُ خِيَارُهُ فِي الْعَقَارِ حَتَّىٰ يُوصَفَ لَهُ؛ لِأَنَّ الْوَصْفَ يُقَامُ مَقَامَ الرُّؤْيَةِ كَمَا فِي السَّلَمِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: إِذَا وَقَفَ فِي مَكَانٍ لَوْ كَانَ بَصِيرًا لَرَآهُ وقَالَ: قَدْ رَضِيتُ سَقَطَ خِيَارُهُ، لِأَنَّ التَّشَبُّهَ يُقَامُ مَقَامَ الحَقِيقَةِ فِي مَوْضِعِ الْعَجْزِ؛ كَتَحْرِيكِ الشَّفَتَيْنِ يُقَامُ مَقَامَ الْقِرَاءَةِ فِي حَقِّ الْأَخْرَسِ فِي الصَّلَاةِ، وَإِجْرَاءِ الْمُوسَىٰ مَقَامَ الْحَلْقِ فِي حَقِّ مَنْ لَا شَعْرَ لَهُ فِي الْحَجِّ.

وَقَالَ الْحَسَنُ ﷺ: يُوَكِّلُ وَكِيلًا بِقَبْضِهِ وَهُوَ يَرَاهُ، وَهَذَا أَشْبَهُ بِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ رُؤْيَةَ الْوَكِيلِ كَرُؤْيَةِ[1] الْمُوَكِّلِ عَلَىٰ مَا مَرَّ آنِفًا.

وَمَنْ رَأَىٰ أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ فَاشْتَرَاهُمَا، ثُمَّ رَأَىٰ الْآخَرَ؛ جَازَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا؛

غاية البيان

قال الفَرَّاءُ في كتابِ «المقصور والممدود»: «الزِّنا والشِّرَىٰ: أهلُ الحِجازِ يَمُدُّونه، وأهلُ نجْدٍ يقْصُرونَهُ»[2].

قولُه: (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ مِنْ قَبْلُ)، أي: ذكَرْنا جوازَ شِراءِ ما لَمْ يرَه، وثبوتُ الخِيارِ للمُشْتَرِي قَبْلَ هذا في أوَّلِ الباب، والأَعْمَىٰ فيما يَشْتريه يكُونُ كالبصِيرِ الذي يَشْتَرِي ما لَمْ يرَه، فيَجُوزُ شراؤُه معَ ثبوتِ الخِيارِ له كالبصِيرِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ آنِفًا)، أي: في المسألةِ المتقدِّمةِ.

قولُه: (وَمَنْ رَأَىٰ أَحَدَ الثَّوْبَيْنِ فَاشْتَرَاهُمَا، ثُمَّ رَأَىٰ الْآخَرَ؛ جَازَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُمَا).

---

(١) في حاشية الأَصْل: «خ: رؤية».

(٢) ينظر: «المقصور والممدود» لأبي زكريا الفراء [ص/ ٥٥].

لِأَنَّ رُؤْيَةَ أَحَدِهِمَا لَا تَكُونُ رُؤْيَةَ الْآخَرِ لِلتَّفَاوُتِ فِي الثِّيَابِ، فَبَقِيَ الْخِيَارُ فِيمَا لَمْ يَرَهُ، ثُمَّ لَا يَرُدُّهُ وَحْدَهُ، بَلْ يَرُدُّهُمَا؛ كَيْلَا يَكُونَ تَفْرِيقًا لِلصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ؛

وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1].

وذلك: لأنه اشْتَرَىٰ شيئَيْن مختلفَيْن بصفقةٍ واحدةٍ، فلَمْ تَكُنْ رُؤْيةُ أحدِهما رُؤْيَةَ الآخَرِ؛ لتفاوُتِهِما، فبَقِيَ له الخيارُ كما لو لَمْ يَرهما جميعًا، ثم إذا أراد أنْ يَرُدَّ ما لَمْ يرَه إذا رآه؛ ليس له أنْ يَرُدَّه وحْدَه، بل يردُّهما جميعًا إنْ شاء؛ لئَلَّا يَلْزَمَ تفريقُ الصَّفْقَةِ قبلَ التمامِ.

وكذلك الحُكْمُ في خِيارِ الشَّرْطِ: لا يَجُوزُ له أنْ يَفْسَخَ البَيْعَ في أحدِهما دونَ الآخرِ، وهذا لأن خِيارَ الرُّؤْيةِ والشَّرْطِ يمْنعانِ تمامَ الصَّفْقَةِ، سواءٌ كان المَبِيعُ مقبوضًا، أوْ غيرَ مَقْبُوضٍ، ولهذا يرُدُّ مَن له الخِيارُ بلا قضاءٍ ولا رضاءٍ.

بخلافِ خِيارِ العَيْبِ، فإنه إذا اشْتَرَىٰ ثوبَيْن بثَمنٍ واحدٍ، فوجَد بأحدِهما عيْبًا بعدَ القبضِ؛ له أنْ يَرُدَّ المَعِيبَ وحْدَه؛ لأن خِيارَ العَيْبِ لا يَمْنَعُ تمامَ الصَّفْقَةِ، بل تَتِمُّ [٩/١٣ظ/د] الصَّفْقَةُ بالقبضِ، فلا يَلْزَمُ تفريقُ الصَّفْقَةِ قبل التمامِ [بردِّ أحدِهما][2]، فلو وجَد بأحدِهما عيبًا قبْلَ القبضِ [٥/١٠٠ظ/م]؛ ليس له أنْ يَرُدَّه[3] وحْدَه؛ لئَلَّا يَلْزَمَ تفريقُ الصَّفْقَةِ قبلَ التمامِ؛ لأنها لَمْ تَتِمَّ قبْلَ القبضِ.

والمعنىٰ في تفريقِ الصَّفْقَةِ: لزومُ الضَّررِ [٢/٨٤و] علىٰ البائعِ؛ لأنه ربَّما لا يُمْكِنُه ترْويجُ أحدِهما بدونِ الآخرِ؛ لجَوْدةِ أحدِهما ورداءةِ الآخَرِ، وفي مَنْعِ المُشْتَرِي عن الردِّ أيضًا ضررٌ، إلا أن قبْلَ القبضِ ضررُ البائعِ أكثرُ؛ لأنه يَلْحَقُهُ ضررٌ ماليٌّ، وضررُ المُشْتَرِي ليس بمالٍ، بل هو ضرَرُ بطلانِ مجرَّدِ القولِ متىٰ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨١].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) وقع بالأصل: «يرد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَهَذَا لِأَنَّ الصَّفْقَةَ لَا تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ، وَلِهَذَا يَتَمَكَّنُ مِنَ الرَّدِّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ وَلَا رِضًا، وَيَكُونُ فَسْخًا مِنَ الْأَصْلِ.

غاية البيان

ألزمْنَاه ردَّ كِلَيْهما، وبعدَ القبضِ ضررُ المُشْتَرِي أكثرُ؛ لأنه متى ردَّ الكلَّ يَبْطُلُ حقُّه عن اليدِ والرقبةِ، وضررُ البائعِ مَوْهُومٌ؛ فإنه ربما يُمْكِنُه بَيْعُ المَعِيبِ بثَمنٍ جيِّدٍ، فيدفَع أعلَىٰ الضررَيْن بأدناهما، ثم بعدَ القبضِ إذا وجَدَ بأحدِهما عيبًا؛ لا يَكُونُ له ردُّهما إلا برضا البائعِ؛ لأن سببَ الردِّ وُجِدَ بأحدِهما دونَ الآخرِ.

وفي المَكيلِ والمَوْزُونِ من ضرْبٍ واحدٍ إذا قبَضَ فوجَدَ به عيبًا؛ ليس له إ أن يَأْخُذَه جميعًا، أوْ يَرُدَّه جميعًا». كذا ذكَر محمدٌ في «**الأصل**»[1].

وذلك لأن الماليةَ ثابتةٌ للمَكِيلِ والمَوْزُونِ باعتبارِ الجميعِ، فإنه لا قِيمةَ للحَبَّةِ وأمثالِها، فصار الكلُّ كشيْءٍ واحدٍ حُكْما في حقِّ الردِّ، ولهذا جُعِلَ رُؤْيةُ البعضِ رُؤْيَةَ الباقي كما في الثَّوْبِ الواحدِ.

بقِيَ مسألةُ الاستحقاقِ: قال في «**الشامل**» في قِسْمِ «**المبسوط**»: «اسْتُحِقَّ أحدُ المختلفَيْن بعدَ القبضِ: لا خِيارَ له في الآخرِ؛ لأن استحقاقَ أحدِهما لا يُوجِبُ نقصانًا في الآخَرِ لا حقيقةً ولا اعتبارًا، ولو كان واحدًا فاسْتُحِقَّ [٩/١٤و/د] بعضُه؛ له الخِيارُ؛ لوجودِ النُّقْصانِ، فإنه لا يُمْكِنُ الانتفاعُ إلا بِالتَّهَايُؤِ.

وإنْ كان قبَض أحدَهما ولَمْ يقْبِضِ الآخَرَ، ثم اسْتُحِقَّ أحدُهما؛ له الخِيارُ؛ لتفرُّقِ الصَّفْقَةِ قبلَ التمامِ، ولو اسْتُحِقَّ بعضُ المَكيلِ بعدَ القبضِ لا يُخَيَّرُ؛ لأن الشَّرِكَةَ ليست بعَيْبٍ فيه، ولو اسْتُحِقَّ قبْلَ القبضِ يُخَيَّرُ؛ لتفرُّقِ الصَّفْقَةِ قبلَ التمامِ». كذا في «**الشامل**».

قولُه: (وَيَكُونُ فَسْخًا مِنَ الْأَصْلِ). أي: يَكُونُ الردُّ بخيارِ الرُّؤْيةِ فَسْخًا منَ الابتداءِ.

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٥/١٥١].

وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ خِيارُ الرُّؤْيَةِ بَطَلَ خِيارُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجْرِي فِيهِ الْإِرْثُ عِنْدَنَا، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي خِيَارِ الشَّرْطِ.

وَمَنْ رَأَىٰ شَيْئًا ثُمَّ اشْتَرَاهُ بَعْدَ مُدَّةٍ، فَإِنْ كَانَ عَلَىٰ الصِّفَةِ الَّتِي رَآهُ؛ فَلَا خِيارَ لَهُ؛ [٩/و] لِأَنَّ الْعِلْمَ بِأَوْصَافِهِ حَاصِلٌ لَهُ بِالرُّؤْيَةِ السَّابِقَةِ، وَبِفَوَاتِهِ يَثْبُتُ الْخِيَارُ إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يَعْلَمُهُ مَرْئِيَّهُ لِعَدَمِ الرِّضَا بِهِ.

غاية البيان

قولُه: (وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ خِيارُ الرُّؤْيَةِ؛ بَطَلَ خِيارُهُ). وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1].

وإنما يَبْطُلُ خيارُه ولا يُورَثُ عندَنا؛ لأنَّ الْإِرْثَ [٥/١٠١و/م] فيما يحتَمِلُ الانتقالَ، لا فيما لا يَحْتَمِلُ الانتقالَ، والخِيارُ لا يحتَمِلُ الانتقالَ؛ لأنه صفةٌ للمُشْتَرِي كسائرِ صفاتِه، وخِيارُ العَيْبِ والتَّعْيينِ يُورَثُ بالاتِّفاقِ، وقد مَرَّ البحثُ مُسْتَوْفًى في بابِ خِيارِ الشَّرْطِ.

قولُه: (وَمَنْ رَأَىٰ شَيْئًا ثُمَّ اشْتَرَاهُ بَعْدَ مُدَّةٍ، فَإِنْ كَانَ عَلَىٰ الصِّفَةِ الَّتِي رَآهُ؛ فَلَا خِيارَ لَهُ). هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[2].

وذلك: لأن خِيارَ الرُّؤْيَةِ في شِرَاءِ ما لَمْ يَرَهُ إنما ثَبَتَ للجهلِ بصفاتِ المَعْقُودِ عليه، فإذا كان المَبِيعُ علىٰ ما رآه مِن الصِّفَةِ؛ تحقَّقَ العِلْمُ بصفاتِه بِالرُّؤْيَةِ السابقةِ، فانتفَىٰ المُوجِبُ للخِيارِ بِالرُّؤْيَةِ المتقدمةِ، فلَمْ يَبْقَ له الخِيارُ إلا إذا كان لا يَعْلَمُ المَبِيعَ هو الذي رآه قبْلَ البَيْعِ، فحينَئِذٍ يَكُونُ له الخِيارُ؛ لانتفاءِ رِضاه به.

وصورتُه: ما نقَل في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**» عن نُسخَةِ خُوَاهَر زَادَه: «أنه إذا اشْتَرَىٰ ثوبًا ملْفوفًا كان رآه مِن قَبْلُ ـ وهو لا يَعْلَمُ أن المُشْتَرَىٰ ذلك [٩/١٤ظ/د]

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨١].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨١].

وَإِنْ وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا فَلَهُ الْخِيَارُ ؛ لِأَنَّ تِلْكَ الرُّؤْيَةِ لَمْ تَقَعْ مُعْلِمَةً بِأَوْصَافِهِ ، فَكَأَنَّهُ لَمْ يَرَهُ ، فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي التَّغَيُّرِ ، فَالْقَوْلُ لِلْبَائِعِ ؛ لِأَنَّ التَّغَيُّرَ حَادِثٌ ، وَسَبَبُ

المَرْئِيَّ - ثَبَتَ له خِيارُ الرُّؤْيةِ ؛ لأنه لا يَكُونُ راضِيًا به».

ومِن صُوَرِه: ما نقَل في «خلاصة الفتاوىٰ» عن «الأصل»[1]: «في رَجُلٍ رأىٰ جاريةً عندَ رَجُلٍ ، فساوَمه بها ولَمْ يشْتَرِها ، ثم رآها بعدَ ذلك بمُدَّةٍ يَبِيعُها ، فاشتراها منه مُتَنَقِّبةً ، ولَمْ يعْلَم أنها هي التي رآها ؛ فله الخِيارُ لعدمِ الرِّضا».

وقال فيها أيضًا [٢/٨٤ظ]: «لو رأىٰ ثوبَيْنِ في يدِه ، فلَفَّ أحدَهما في ثوبٍ وباعَه ؛ له الخِيارُ ، [ولو لفَّهما وباعَهما منه هذا بعشرةٍ ، وهذا بعشرين ؛ له الخِيارُ][2] ؛ لأنه عسىٰ جعَلَ أعلَىٰ الثمَنَيْن لأردَئِهما ، ولو باعَهما بثَمنٍ واحدٍ لا خِيارَ له».

قولُه: (وَإِنْ وَجَدَهُ مُتَغَيِّرًا فَلَهُ الْخِيَارُ). هذا أيضًا لَفْظُ القُدُورِيِّ رحمه الله[3] ، أي: إنْ وجَد ما رآه قبْلَ الشِّراءِ متغيِّرًا مما رآه ؛ فلَهُ الخِيارُ ، وذلك لأنه لَمَّا تغَيَّرَ صار كأنه لَمْ يرَه أصلًا ؛ لأنَّ الرُّؤْيَةَ السابقةَ إنما تُعْتَبَرُ إذا كانت مُعْلِمَةً حالَ المَعْقُودِ عليه ، فإذا تغيَّرَ عمَّا رأىٰ قبْلَ الشِّراءِ ؛ لَمْ تكُنِ الرُّؤْيةُ السابقةُ مُعْلِمَةً ، فيَكُونُ وجودُ تلك الرُّؤْيةِ وعدمُها سواءً.

قولُه: (فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي التَّغَيُّرِ ؛ فَالْقَوْلُ لِلْبَائِعِ).

وإنما ذكَر هذه المسألةَ في «الهداية» تفريعًا ، وإنْ لَمْ تُذْكَرْ في «البداية» ؛ لأجْلِ أنها ليسَتْ [٥/١٠١ظ/م] بمذكورةٍ في «الجامع الصغير» ، و«مختصر القُدُورِيِّ» ،

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٢/٥٤٤/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» ، و«م» ، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «خلاصة الفتاوىٰ» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق٢٠٩/ب/ مخطوط مكتبة نور عثمانية - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨١].

. . . .

وهي من مسائلِ «**الأصل**»، قال فيه: «فإنِ اختلَفا، فقال المُشْترِي: قد تغَيَّرَ. وقال البائعُ: لَمْ يتَغَيَّرْ. فالقولُ في ذلك قولُ البائعِ معَ يمينِه، وعلى المُشْترِي البَيِّنَةُ»[1]. إلى هنا لَفْظُ «**الأصل**».

وذلك لأن دعوى التغَيُّرِ بعدَ وجودِ سببِ لزومِ العَقْدِ ـ وهو رُؤْيةُ ما يَدُلُّ على المقصودِ [٩/١٥و/د] مِن المَعْقُودِ عليه ـ دعوى أمرٍ عارضٍ؛ لأن دعوى التغَيُّرِ لا تَخْلُو: إمَّا أنْ تَكُونَ دعوى العَيْبِ، أوْ تبدُّلَ هيئةِ المبيعِ، وكلٌّ منهما عارضٌ، فالقولُ قولُ مَن يتَمَسَّكُ بالأصلِ، وهو البائعُ.

بخلافِ ما ذكَرَ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: فيما إذا اختلَفا في الرُّؤْيةِ، فقال البائعُ: بِعْتُكَ ما رأيْتَ. وقال المُشْترِي: لَمْ أرَه. فالقولُ قولُ المُشْترِي معَ يمينِه؛ وذلك لأن البائعَ يدَّعِي عليه أمرًا عارِضًا، وهو العِلْمُ بالصفاتِ، والمُشْتَرِي يُنْكِرُه، فيَكُونُ القولُ قولَه معَ يمينِه.

ولو أراد المُشْتَرِي أنْ يَرُدَّه فاختلَفا، فقال البائعُ: ليس هذا ما بعْتُك، وقال المُشْتَرِي: هو ما بِعْتَنِي؛ فالقولُ أيضًا قولُ المُشْتَرِي. قال الكَرْخِيُّ في «**مختصره**»: «وهذا قولُ أصحابِنا جميعًا».

قال في «الإيضاح»: «وكذلك إذا اختلَفا مِثْلَ ذلك في خِيارِ الشَّرْطِ، وإنِ اختلَفا في الردِّ بِالعَيْبِ؛ فالقولُ قولُ البائعِ؛ لأن المُشْتَرِيَ في خِيارِ الرُّؤْيةِ وخِيارِ الشَّرْطِ يَتَفرَّدُ بِالْفَسْخِ مِن غيرِ أنْ يَتوقَّفَ على قضاءِ القاضي، فإذا انْفَسَخ العَقْدُ بقولِه؛ يَكُونُ الاختلافُ بعدَ ذلك اختلافًا في المَقْبُوضِ، فالقولُ فيه قولُ القابضِ ضَمِينًا كان أوْ أمِينًا، كَالغَاصِبِ والمُودَعِ، وفي الردِّ بِالعَيْبِ لا يَتَفَرَّدُ بِالْفَسْخِ، وإنما

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٥/١٤٩].

اللُّزُومِ ظَاهِرٌ، ....

غاية البيان

يَدَّعِي المُشْتَرِي ثبوتَ حقِّ الفَسْخِ في الذي أحضَره، والبائعُ يُنْكِرُ ذلك أنْ يَكُونَ هو الذي باعَه، فيَكُونُ القولُ قولَه»(١).

قال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «إذا اشْتَرَىٰ شيئًا رآه قبْلَ ذلك، فقال: وجدْتُه متغيِّرًا [٩/١٥ظ/د]، ذَكَر خُوَاهَر زَادَه والقاضِي الأَسْبِيْجَابيُّ: أنه لا يُصَدَّقُ، ولَمْ يَزِدْ علىٰ هذا.

وذكَرَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخَسِيُّ(٢): هذا إذا لَمْ تَطُلِ المُدَّةُ، بحيثُ يُعْلَمُ أنه لا يَتَغَيَّرُ، أمَّا إذا طالَ لا.

قال محمَّدٌ رحمه الله: أرأيتَ لو رأىٰ جاريةً ثم اشْتَرَاها بعدَ عشرِ سنين [٥/١٠٢و/م]، أوْ عشرين سنةً، وقال: تغيَّرَتْ(٣)؛ ألَا يُصَدَّقَ؟ بل يُصَدَّقُ(٤)؛ لأن الظاهرَ شاهدٌ له، وبه يُفْتَىٰ.

فنقولُ: إنْ كان لا يَتَفاوَتُ في تلك المُدَّةِ غالبًا؛ فالقولُ للبائعِ، وإنْ كان التفاوُتُ غالبًا؛ فالقولُ للمُشْتَرِي، كما قال شمسُ الأئمَّةِ السَّرْخَسِيُّ.

وذكَر في «الكافي»(٥): إذا نظَر إلىٰ مملوكٍ أوْ دابَّةٍ، ثم اشتراه بعدَ ذلك

---

(١) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/ ٥٩].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسِيّ [٧٣/١٣].

(٣) في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «وقال: لا نعرف». ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق ١٢٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(٤) وقع في «ن»: «لا يصدق، بل يصدق». ووقع في: «غ»: «ألا يصدق؟». وعبارة السَّرْخَسِيّ في «المبسوط»: «أكان يُصَدَّق علىٰ ذلك؟»، والذي في الأصل: هو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق١٢٣/ب ـ أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(٥) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ١٨٦].

إلَّا إذَا بَعُدَتِ الْمُدَّةُ عَلَىٰ مَا قَالُوا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ شَاهِدٌ لِلْمُشْتَرِي ، بِخِلَافِ مَا إذَا اخْتَلَفَا فِي الرُّؤْيَةِ ؛ لأنَّهَا أَمْرٌ حَادِثٌ وَالْمُشْتَرِي يُنْكِرُهُ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ.

قَالَ: وَمَنِ اشْتَرَىٰ عِدْلَ زُطِّيٍّ وَلَمْ يَرَهُ ، فَبَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا ، أَوْ وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ ؛ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنْهَا إلَّا مِنْ عَيْبٍ ، وَكَذَلِكَ خِيَارُ الشَّرْطِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ فِيمَا خَرَجَ

غاية البيان

بشَهْرٍ ؛ لَمْ يَكُنْ فيه خِيارٌ ، فإنْ قال المُشْتَرِي: تغيَّرَ عن حالِه الذي رأيتُه عليه [٨٥/٢و] ؛ فعليه البيِّنَةُ ، وعلىٰ البائعِ اليَمِينُ ، ولَمْ يُصَدَّقِ المُشْتَرِي في قليلِ المُدَّةِ ، واعْتُبِرَ الشهرُ قليلًا في حقِّ هذا الحُكْمِ ؛ لأنه لا يَتَغَيَّرُ في مُدَّةِ الشهرِ غالبًا». إلىٰ هنا لَفْظُ كتابِ «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**».

قولُه: (إلَّا إذَا بَعُدَتِ الْمُدَّةُ). استثناءٌ مِن قولِه: (**فَالْقَوْلُ لِلبائعِ**).

قولُه: (عَلَىٰ مَا قَالُوا) ، إشارةٌ إلىٰ ما ذكَر شمسُ الأئمَّةِ السَّرْخَسِيُّ ، وقد مَرَّ آنفًا.

قولُه: (بِخِلَافِ مَا إذَا اخْتَلَفَا فِي الرُّؤْيَةِ) ، متَّصِلٌ بقولِه: (**فَإِنِ اخْتَلَفَا فِي التَّغيُّرِ فَالْقَوْلُ لِلْبَائِعِ**) ، يعني: أن في اختلافِهما في الرُّؤْيَةِ يَكُونُ القولُ للمُشْتَرِي ، وقد مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عِدْلَ زُطِّيٍّ وَلَمْ يَرَهُ ، فَبَاعَ مِنْهُ ثَوْبًا ، أَوْ وَهَبَهُ وَسَلَّمَهُ ؛ لَمْ يَرُدَّ شَيْئًا مِنْهَا إلَّا مِنْ عَيْبٍ ، وَكَذَلِكَ خِيَارُ الشَّرْطِ) ، وهذه من المسائلِ المعادةِ في «**الجامع الصغير**»[١].

وإنما لَمْ يَكُنْ له ردُّ الباقي بعدَ البَيْعِ والهِبَةِ والتَّسْليمِ في خِيارِ الرُّؤْيَةِ وخِيارِ الشَّرْطِ ؛ لأنهما يَمْنَعانِ تمامَ الصَّفْقَةِ ؛ لعدمِ تكامُلِ الرِّضا ، فلو جاز رَدُّ الباقي ؛ يَلْزَمُ تفريقُ الصَّفْقَةِ قبلَ التمامِ ، وهو باطلٌ كتفريقِ الصَّفْقَةِ في خِيارِ القَبُولِ ، حيثُ لا

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٢].

عَنْ مِلْكِهِ، وَفِي رَدِّ مَا بَقِيَ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ قَبْلَ التَّمَامِ؛ لِأَنَّ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ يَمْنَعَانِ تَمَامَهَا، بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ مَعَ خِيَارِ الْعَيْبِ بَعْدَ الْقَبْضِ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تَتِمُّ قَبْلَهُ وَفِيهِ وَضْعُ الْمَسْأَلَةِ.

غاية البيان

يَجُوزُ له أن يَقُولَ: اشْتَرَيْتُ بعضَه دونَ بعضٍ.

فلَمَّا لَمْ يَجُزِ التفريقُ في خِيارِ القبولِ؛ لَمْ يَجُزْ في خِيارِ الرُّؤْيةِ أيضًا؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما لا يَجِبُ بمقابلَتِه عِوَضٌ ماليٌّ حتَّىٰ إذا بَطَلَ بَطَلَ لا إلىٰ بدلٍ.

وأمَّا في خِيارِ العَيْبِ فله أنْ يَرُدَّ ثوبًا دونَ ثوبٍ؛ لأنه لا يَلْزَمُ تفريقُ الصَّفْقَةِ بعدَ التمامِ[1]؛ لأن خِيارَ العَيْبِ لا يَمْنَعُ تمامَ الصَّفْقَةِ، وهي تَتِمُّ معَه بعدَ القبضِ، وإنما لَمْ يَمْنَعْهُ؛ لأن العَقْدَ وقَع علىٰ التَّسْلِيمِ، والظاهرُ هو السَّلامةُ، فوُجِدَ الرضا مِن كلِّ واحدٍ منهما، فتَتِمُّ الصَّفْقَةُ لتمامِ الرضا، والتفريقُ بعدَ تمامِ الصَّفْقَةِ جائزٌ، ثم للمُشْتَرِي أنْ يَرُدَّ المَعِيبَ إنْ شاء؛ لغرُورٍ مِن البائعِ، وإنْ شاء رَضِيَ به.

قال [٥/١٠٢ظ/م] **في «المغرب»**: «الزُّطُّ: جِيلٌ مِن الهندِ، تُنْسَبُ إليهم الثِّيابُ الزُّطِّيَّةُ»[2].

وقال في «الجمهرة»[3]: الزُّطُّ: هذا الجيلُ، وليس بعربيٍّ مَحْضٍ، وقد تكلَّمَتْ به العربُ، قال الشاعرُ[4]:

فَجِئْنَا بِحَيَّيْ وَائِلٍ وبِلِفِّهَا ❊ وَجَاءَتْ تَمِيمٌ زُطُّهَا والأَسَاوِرُ

قولُه: (وَفِيهِ وَضْعُ الْمَسْأَلَةِ). أي: في القبضِ وَضْعُ المسألةِ. يَعْنِي: في

(١) وقع بالأصل: «إلا بعد التمام». والمثبت من: «ن»، ووقَع في «م»: «قبل التمام».

(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١/٣٦٥].

(٣) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/١٢٩].

(٤) وهو غير منسوب أيضًا في: «لسان العرب» لابن منظور [٧/٣٠٨/مادة: زطط]. و«تاج العروس» للزَّبيدي [١٩/٣٢٣/مادة: زطط].

وَلَوْ عَادَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ هُوَ فَسْخٌ؛ فَهُوَ عَلَىٰ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ. كَذَا ذَكَرَ شَمْسُ الْأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ رَحِمَهُ اللهُ: أَنَّهُ لَا يَعُودُ بَعْدَ سُقُوطِهِ كَخِيَارِ الشَّرْطِ، وَعَلَيْهِ اعْتَمَدَ الْقُدُورِيُّ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

المَقْبُوضِ، فإذا كان كذلك؛ تَمَّتِ الصَّفْقَةُ معَ العَيْبِ.

قولُه: (وَلَوْ عَادَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ هُوَ فَسْخٌ؛ فَهُوَ عَلَىٰ خِيَارِ الرُّؤْيَةِ. كَذَا ذَكَرَ شَمْسُ الْأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يَعُودُ بَعْدَ سُقُوطِهِ كَخِيَارِ الشَّرْطِ، وَعَلَيْهِ اعْتَمَدَ الْقُدُورِيُّ)، إلىٰ هنا لَفْظُ كتاب «**الهداية**».

ولَمْ يذْكُرْ هذه المسألَةَ في «**الجامع الصغير**»، وفي كتابِ «**البيوع**» من «**الأصل**»، وإنما ذُكِرَتْ في «**الأصل**» في كتابِ الصُّلْحِ في بابِ الخِيارِ[1].

والمذكورُ في كتابِ الصُّلْحِ علىٰ خلافِ ما ذكَر صاحبُ «**الهداية**»، قال: «مَنِ اشْتَرىٰ شيئًا لَمْ يَرَهُ، وباعَه ممنْ لَمْ يره، فرَدَّه عليه الثاني بخيارِ الرُّؤْيةِ؛ ليس له أنْ يَرُدَّه، بخلافِ العَيْبِ؛ لأن ثبوتَ حقِّ الغيرِ في المَبِيعِ يُبْطِلُ خِيارَ الرُّؤْيةِ». كذا في «**الشامل**» في قِسْمِ «**المبسوط**» مِن كتابِ الصُّلْحِ.

ولَمْ يذْكُرْ روايةَ أبي يوسفَ في «**الأصل**»، وإنما نصَّ علىٰ روايتِه: القُدُورِيُّ في «**شرحه**»، وقال: «لا يَعُودُ خِيارُ الرُّؤْيةِ»، واعتَمد عليه.

وقال في «الإيضاح»: «روىٰ أبو يوسفَ: أنه إذا وجَبَ الحقُّ للغيرِ، ثم انتقضَ الحقُّ الذي وجَبَ وعاد إلىٰ ما كان؛ لَمْ يُعَدْ [٨٥/٢ظ] خِيارُ الرُّؤْيةِ، نحوُ: إنْ باع فرُدَّ عليه بعَيْبٍ بقضاءِ قاضٍ، أوْ فَكَّ المَرْهُونَ، أو انقضَتْ مُدَّةُ الإجارةِ، ولأنَّ الخِيارَ قد بَطَلَ، فلا يَعُودُ إلا بسببٍ جديدٍ»[2].

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٦٤/١١، ٦٥/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [١٤٩/ب].

....

وقال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «ذكَر في كتابِ الصُّلْحِ: أن خِيارَ الرُّؤْيةِ إذا سقَط لا يَعُودُ إلا في روايةٍ عن أبي يوسفَ، وقد مَرَّ هذا مرَّةً عندَ قولِه: (ثُمَّ خِيارُ الرُّؤْيَةِ غَيْرُ مُؤَقَّتٍ)»[(١)].

فأقولُ: يحتَمِلُ أنْ يَكُونَ عن أبي يوسفَ روايتان؛ لأن روايةَ القُدُورِيِّ عن أبي يوسفَ غيرُ روايةِ «الفتاوىٰ الصغرىٰ».

ومعنىٰ قولِه: (عَادَ إِلَيْهِ بِسَبَبٍ هُوَ فَسْخٌ). أي: عاد الذي اشتراه ولَمْ يرَه ثم باعَه، أوْ وَهَبه وسَلَّمه بسببٍ هو فَسْخٌ، بأنْ رُدَّ عليه بقضاءٍ في البَيْعِ، وبقضاءٍ أوْ غيرِ قضاءٍ في الهِبَةِ، وكذا إذا رُدَّ عليه في البَيْعِ بخيارِ شَرْطٍ أوْ رُؤْيَةٍ، وسَيَجِيءُ تمامُ ذلك في كتابِ الهِبَةِ.

وشمسُ [٥/١٠٣و/م] الأئمَّةِ: هو أبو بكرٍ محمدُ بنُ أبي سهلٍ [٩/١٦و/د] السَّرَخْسِيُّ، صاحبُ التصانيفِ الكثيرةِ في الأصولِ والفروعِ، تُوُفِّيَ سنةَ ثمانٍ وثمانين وأربعِ مئةٍ، سَنَةَ تُوُفِّيَ أبو بكرٍ خُوَاهَر زَادَه، وقد مَرَّ ذِكْرُ السَّرَخْسِيِّ مرَّة في كتابِ الطهاراتِ في بابِ الماءِ الذي يَجُوزُ به الوضوءُ.

والإمامُ القُدُورِيُّ رحمه الله: هو أبو الحُسَيْنِ أحمدُ بنُ محمدِ بنِ جعفرٍ البَغْدَادِيُّ، تُوُفِّيَ سَنَةَ ثمانٍ وعشرين وأربعِ مئةٍ، وفي هذه السَّنَةِ تُوُفِّيَ أبو عَلِيٍّ ابنُ سِينَا الحكيمُ.

والقُدُورِيُّ تلميذُ الشيخِ أبي عبدِ اللهِ الْجُرْجَانِيِّ[(٢)]، وهو تلميذُ أبي بكرٍ الرَّازِيِّ، وهو تلميذُ الكَرْخِيِّ رحمهم الله.

[واللهُ أعلمُ][(٣)].

---

(١) ينظر: «الفتاوي الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ١٣٤].

(٢) هو: محمد بن يحيىٰ بن مهْدي أبو عبد الله الْجرْجَانِيُّ الفقيه أحد الأعلام. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن».

بَابٌ
خِيَارِ الْعَيْبِ

وَإِذَا اطَّلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَىٰ عَيْبٍ؛ فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ الْعَقْدِ يَقْتَضِي وَصْفَ السَّلَامَةِ، فَعِنْدَ فَوَاتِهِ يَتَخَيَّرُ؛ كَيْلَا يَتَضَرَّرُ بِلُزُومِ مَا لَا يَرْضَىٰ بِهِ.

بَابٌ
خِيَارِ الْعَيْبِ

مَرَّ وجْهُ ترتيبِ الخِياراتِ.

قولُه: (**وَإِذَا اطَّلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَىٰ عَيْبٍ؛ فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ**). هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»، **وتمامُه فيه:** «وليس له أنْ يُمْسِكَهُ ويأخُذَ النُّقْصَانَ»[(١)].

والأصلُ في ثبوتِ الخِيارِ بسببِ العَيْبِ: أن إطلاقَ العَقْدِ يَقْتَضِي السَّلَامَةَ في المَعْقُودِ عليه في عُرْفِ التُّجَّارِ، والمعروفُ بالعُرْفِ كَالمَشْرُوطِ بالشَّرْطِ صريحًا، ثم إذا عُدِمَ وصْفُ السَّلَامةِ؛ كان للمُشْتَرِي الخِيَارُ: إنْ شاء أَخَذَ بجميعِ الثَّمنِ، وإنْ شاء رَدَّ؛ كَيْلَا يَلْزَمَهُ ضررٌ بإلزامِ ما لَمْ يرْضَ به.

يَدُلُّ علىٰ ذلك: ما رَوَىٰ البُخَارِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في «**الصحيح**» وقَالَ: وَيُذْكَرُ عَنِ العَدَّاءِ بْنِ خَالِدٍ، قَالَ: كَتَبَ لِي النَّبِيُّ ﷺ: «**هَذَا مَا اشْتَرَىٰ مُحَمَّدٌ رَسُولُ اللهِ مِنَ العَدَّاءِ بْنِ خَالِدٍ** [٩/١٦ظ/د]، **بَيْعَ الْمُسْلِمِ الْمُسْلِمَ، لَا دَاءَ، وَلَا خِبْثَةَ، وَلَا غَائِلَةَ**»[(٢)].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨١].

(٢) علقه: البخاري في كتاب البيوع/ باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع ومن طلب حقا فليطلبه في عفاف [٢/٧٣١]، وقد وصله: الترمذي في كتاب البيوع/ باب ما جاء في كتابة الشروط [رقم/=

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُمْسِكَهُ وَيَأْخُذَ النُّقْصَانَ ؛ لِأَنَّ الْأَوْصَافَ لَا يُقَابِلُهَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ ؛ وَلِأَنَّهُ لَمْ يَرْضَ بِزَوَالِهِ عَنْ مِلْكِهِ بِأَقَلَّ مِنَ الْمُسَمَّىٰ فَيَتَضَرَّرُ

ثم قال في «الصحيح»: وَقَالَ قَتَادَةُ: «الغَائِلَةُ: الزِّنا، وَالسَّرِقَةُ، وَالإِبَاقُ»[1].

والمُشْتَرِي هو رسولُ اللهِ ﷺ كما ترَىٰ.

ورَوَىٰ ابنُ شَاهِينَ في «المعجم»: عَنْ أَبِيهِ قَالَ: حَدَّثَنَا عَبْدُ الْعَزِيزِ بْنُ مُعَاوِيَةَ الْقُرَشِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا عَبَّادُ[2] بْنُ لَيْثٍ قَالَ: حَدَّثَنَا عَبْدُ الْمَجِيدِ[3] بْنُ وَهْبٍ[4]

= ١٢١٦]، وابن ماجه في كتاب التجارات/ باب شراء الرقيق [رقم/ ٢٢٥١]، وابن الجارود في «المنتقىٰ» [رقم/ ١٠٢٨]، وغيرهم من حديث: العَدَّاء ابن خالد ﷺ، ولكنهم اتفقوا في روايته علىٰ أن البائع النبيُّ ﷺ، والمُشْتري العدَّاءُ، عكس ما هنا. ولفْظُ الترمذِيّ: «هَذَا مَا اشْتَرَىٰ العَدَّاءُ بْنُ خَالِدِ بْنِ هَوْذَةَ مِنْ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللهِ ﷺ، اشْتَرَىٰ مِنْهُ عَبْدًا أَوْ أَمَةً، لَا دَاءَ وَلَا غَائِلَةَ وَلَا خِبْثَةَ، بَيْعَ الْمُسْلِمِ الْمُسْلِمَ».

قال ابنُ حجر: «وقد تتبعْتُ طُرُقَ هذا الحديث مِن الكتب فاتفقَتْ كلها علىٰ أن العَدَّاء هو المُشْتَرِي، وأن النبيَّ ﷺ هو البائع، وهو بخلاف ما علَّقه المُصنِّف». ثم قال: «قيل: إن الذي وقَع هنا مقلوب. وقيل: هو صواب، وهو مِن الرواية بالمعنىٰ؛ لأن اشترىٰ وباع بمعْنًىٰ واحد». ينظر: «فتح الباري» لابن حجر [٣١٠/٤]. و«تغليق التعليق» له أيضًا [٢٢٠/٣].

(١) علَّقه: البخاري في كتاب البيوع/ باب السهولة والسماحة في الشراء والبيع ومن طلب حقا فليطلبه في عفاف [٧٣١/٢]. وَقَالَ قَتَادَةُ به.

قال ابنُ حجر: «وصله ابن منده من طريق الأصمعي عن سعيد بن أبي عَرُوبَة عنه. قال ابنُ قُرْقُول: الظاهر أن تفسير قتادة يرجع إلىٰ الخِبْثَةِ والغائِلَةِ مَعًا». ينظر: «فتح الباري» لابن حجر [٣١٠/٤].

(٢) رسَمَه في: «ن»: «عُباد» بضم العين! وما ندْرِي وجْهَه؟ ولا وَقَفْنا علىٰ أحدٍ نصَّ علىٰ ذلك ممنْ ترجَموا لعَبَّاد! ينظر: «الضعفاء» للعقيلي [١١٣/٤]، و«الكامل في الضعفاء» لابن عدي [٢٨٢/٧]، و«تقريب التهذيب» لابن حجر [ص/ ٢٩٠].

(٣) وقَع في جميع النُّسَخ: «حَدَّثَنَا عَبْدُ الْحَمِيدِ». بالحاء المهملة، والصواب: أنه بالجيم المعجمة، والمُثْبَت مِن مصادر تخريج الحديث.

(٤) رسَمَه في: «ن»: «وَهَبَ» بالفتحات! ولَمْ نظفر به هكذا في كُتُب التراجم، وقد ضَبَطَه في الأصل علىٰ الجادَّة.

بِهِ، وَدَفْعُ الضَّرَرِ عَنِ الْمُشْتَرِي مُمْكِنٌ بِالرَّدِّ بِدُونِ تَضَرُّرِهِ، وَالْمُرَادُ عَيْبٌ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ وَلَمْ يَرَهُ الْمُشْتَرِي عِنْدَ الْبَيْعِ وَلَا عِنْدَ الْقَبْضِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ رِضًا بِهِ.

غاية البيان

أَبُو وَهْبٍ قَالَ: قَالَ لِي الْعَدَّاءُ بْنُ خَالِدِ بْنِ هَوْذَةَ[1]: أَلَا أُقْرِئُكَ كِتَابًا كَتَبَهُ لِي رَسُولُ اللهِ ﷺ؟ **«هَذَا مَا اشْتَرَىٰ الْعَدَاءُ بْنُ خَالِدِ بْنِ هَوْذَةَ مِنْ مُحَمَّدٍ رَسُولِ اللهِ عَبْدًا أَوْ أَمَةً، لَا دَاءَ، وَلَا غَائِلَةَ، وَلَا خِبْثَةَ، بَيْعَ الْمُسْلِمِ الْمُسْلِمَ»**[2].

والمُشْتَرِي هو الْعَدَّاءُ [بنُ خالدٍ][3] كما ترىٰ، وأثبتَ في **«الفائق»**[4]، كما في **«المعجم»**.

قال [٥/١٠٣ظ/م] **أبو سليمانَ الخطَّابيُّ في «شرح الصحيح البُخَارِيِّ»**: «الداءُ: ما يَكُونُ بالرَّقِيقِ مِن الأدواءِ التي يُرَدُّ بها: الجُنُونُ، والجُذَامُ، والبَرَصُ، ونحوُها مِن الآفات[5].

والخِبْثَةُ[6]: ما كان خبيثَ الأصلِ، مِثْلُ أن [٢/٨٦و] يُسْبَىٰ مَن له عهْدٌ، يُقَالُ:

---

(١) رجُلٌ مِن بني عامر. كذا في «المعجم». كذا بخطه. كذا جاء في حاشية: «م». وهذا الرجُل مِن بني عامر: هو نفسُه «الْعَدَّاءُ بْنُ خَالِدِ بْنُ هَوْذَة»، كما وقع في رواياتٍ أخرىٰ.

(٢) أخرجه: الدارقطني في «سننه» [٣/٧٧]، وأبو نعيم في «معرفة الصحابة» [٤/٢٢٤٥]، والطحاوي في «بيان مشكل الآثار» [٤/٢٨٧]، من طريق عَبْد الْعَزِيزِ بْن مُعَاوِيَةَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ الْقُرَشِيِّ، قَالَ: حَدَّثَنَا عَبَّادُ بْنُ لَيْثٍ، قَالَ: حَدَّثَنِي عَبْدُ الْمَجِيدِ بْنُ وَهْبٍ، قَالَ: قَالَ لِيَ الْعَدَّاءُ بْنُ خَالِدِ بْنِ هَوْذَةَ به.

قلنا: وقد مضىٰ تخريجه آنفًا مِن طرُق أخرىٰ عن عَبَّاد بْن لَيْثٍ به.

(٣) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن».

(٤) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [١/٣٥٠].

(٥) **وقيل**: المراد بالداء هنا: الباطِن، سَواء ظَهَرَ منه شيء أَمْ لا، كَوجَع الكَبِد والسُّعَال. ينظر: «فتح الباري» لابن حجر [٤/٣١٠].

(٦) خِبْثَة: بكسر الخاء، وقيل: بِضَمِّها، وسُكُون الباء: أي مَسبِيًّا مِن قَوم لهم عَهد. وقيل: المُرادُ الأَخلاقُ الخَبِيثَةُ، كالإِباق. ينظر: «فتح الباري» لابن حجر [٤/٣١٠].

....

هذا سَبْيٌ خِبْثَةٌ ؛ إذا كان ممنْ يَحرُمُ سَبْيُه ، وهذا سَبْيٌ طِيَبَةٌ ـ على وَزْنِ الحِبَرَةِ[(١)] ـ إذا كان ممن يَطِيبُ سَبْيُه ، ويَحِلُّ استرقاقُه.

ومعنى **الغَائِلَةِ**: ما يَغْتالُ حَقَّك مِن حِيلةٍ ، وما يُدَلَّسُ عليك في المَبِيعِ مِن عَيْبٍ»[(٢)].

وقال الزَّمَخْشَرِيُّ في «فائقه»: «الغَائِلَةُ: الْخَصْلَةُ التي تَغُولُ المالَ ؛ أي: تُهْلِكُه مِن إباقٍ أَوْ غيرِه»[(٣)].

ويَدُلُّ على ما قُلنا: ما روى صاحبُ «**السنن**»: بإسنادِه إلى عُرْوَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها [٩/١٧و/د]: أَنَّ رَجُلًا ابْتَاعَ غُلَامًا ، فَأَقَامَ عِنْدَهُ مَا شَاءَ اللهُ أَنْ يُقِيمَ ، ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا ، فَخَاصَمَهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَرَدَّهُ عَلَيْهِ ، فَقَالَ الرَّجُلُ: يَا رَسُولَ اللهِ قَدِ اسْتَغَلَّ غُلَامِي ، فقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**»[(٤)] ، أي: الغَلَّةُ بسببِ الضَّمانِ.

ثم ليس للمُشْتَرِي إمساكُ المَعِيبِ ، وأَخْذُ نُقْصَانِ العَيْبِ ؛ لأنه حينَئِذٍ يَلْزَمُ

---

(١) في «أعلام الحديث/ شرح صحيح البخاري»: «الخِيَرَة».

(٢) ينظر: «أعلام الحديث/ شرح صحيح البخاري» للخطابي [١٠١٥/٢].

(٣) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٣٥٠/١].

(٤) أخرجه: أحمد في «مسنده» [٤٩/٦] ، وأبو داود في كتاب الإجارة/ باب فيمن اشترى عبدا فاستعمله ثم وجد به عيبًا [رقم/ ٣٥١٠] ، والترمذي في كتاب البيوع/ باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد به عيبًا [رقم/ ١٢٨٥] ، والنسائي في «سننه» في كتاب البيوع/ باب الخراج بالضمان [رقم/ ٤٤٩٠] ، وابن ماجه في كتاب التجارات/ باب الخراج بالضمان [رقم/ ٢٢٤٣] ، وغيرهم من طريق: عُرْوَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ رضي الله عنها. وهذا لفظ أبي داود ، وهو بنحوه عند ابن ماجه ، وهو عند الباقين مختصرًا على قوله: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**».

قال الترمذي: «حديث حسن صحيح».

وقال ابنُ حجر: «ضعَّفه البخاري ، وأبو داود ، وصَحَّحه الترمذي ، وابنُ خزيمة ، وابنُ الجارود ، وابنُ حبان ، والحاكم ، وابنُ القطَّان». ينظر: «بُلُوغ المرام» لابن حجر [ص/ ٢٤١].

قَالَ: وَكُلُّ مَا أَوْجَبَ نُقْصَانَ الثَّمَنِ فِي عَادَةِ التُّجَّارِ؛ فَهُوَ عَيْبٌ؛ لِأَنَّ التَّضَرُّرَ بِنُقْصَانِ الْمَالِيَّةِ، وَذَلِكَ بِانْتِقَاصِ الْقِيمَةِ وَالْمَرْجِعُ فِي مَعْرِفَتِهِ عُرْفُ أَهْلِهِ.

غاية البيان

الضَّرَرُ على البائعِ، فلا يَجُوزُ، وهذا لأنَّ البائعَ لَمْ يَرْضَ أنْ يُخرجَ المَبِيعَ عن مِلْكِه إلا بالثَّمنِ المذكورِ.

فعلىٰ تقديرِ أخْذِ النُّقْصانِ: يَلْزَمُ أن يَكُونَ الثَّمَنُ أقلَّ مما رَضِيَ به، والمُشْتَرِي وإنْ كان يُتَضَرَّرُ بِالعَيْبِ أيضًا، يُمْكِنُ تدارُكُ ذلك بردِّ المَبِيعِ[1]، فلا ضرورةَ في أخْذِ النُّقْصانِ، ولأن الوَصْفَ لكونِه تبعًا لا يقابِلُه شيءٌ مِن الثَّمنِ بمجرَّدِ العَقْدِ إلا إذا صار مقصودًا بالتناولِ، كما إذا حدَثَ عندَ المُشْتَرِي عَيْبٌ آخَرُ، حيثُ يَكُونُ له الرجوعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ علىٰ البائعِ، وسيَجِيءُ ذلك إنْ شاء اللهُ تعالىٰ.

قال صاحبُ «الهداية»: **(وَالْمُرَادُ به: عَيْبٌ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ، وَلَمْ يَرَهُ الْمُشْتَرِي عِنْدَ الْبَيْعِ، وَلَا عِنْدَ الْقَبْضِ).**

يعني: أن المرادَ من اطِّلاعِ المُشْتَرِي علىٰ عَيْبٍ: هو العَيْبُ القديمُ الذي كان عندَ البائعِ، ولَمْ يَرَه المُشْتَرِي عندَ العَقْدِ أو القبضِ؛ لأنه إذا رأىٰ ذلك عندَ أحدِ هَذَيْنِ الحَالَيْنِ؛ يَسْقُطُ خيارُه؛ لرِضاه بِالعَيْبِ دلالةً، وكذا إذا لَمْ يَكُنْ هذا العَيْبُ الذي ظهَر عندَ المُشْتَرِي [٥/١٠٤و/م] موجودًا عندَ البائعِ؛ لَمْ يَكُنْ للمُشْتَرِي أنْ يَرُدَّه.

قولُه: (قَالَ: وَكُلُّ مَا أَوْجَبَ نُقْصَانَ الثَّمَنِ فِي عَادَةِ التُّجَّارِ؛ فَهُوَ عَيْبٌ)، أي: قال [٩/١٧ظ/د] القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[2].

وأراد بهذا: بيانَ معرفةِ العُيُوبِ؛ لأنه لَمَّا قال أوَّلًا: **(إِذَا اطَّلَعَ الْمُشْتَرِي عَلَىٰ عَيْبٍ؛ فَهُوَ بِالْخِيَارِ: إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ شَاءَ رَدَّهُ)**. وقَع الحاجةُ إلىٰ

---

(١) وقع في «غ»: «بردِّ المَعِيب».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨١].

. . . .

معرفةِ العُيُوبِ، فبَيَّن العَيْبَ بهذا الكُلِّيِّ. يعني: أن كلَّ ما نقَصَ الثَّمنَ عندَ التُّجَّارِ فهو عَيْبٌ، وما لا فلا، وذلك أن المَبِيعَ إنما جُعِلَ محلًّا[1] بصفةِ الماليَّةِ، فما يُنْقِصُ الثَّمَنَ يُنْقِصُ الماليةَ لا محالةَ، فيَكُونُ عيبًا، ولكنَّ طريقَ معرفةِ نقصانِ الثَّمنِ: الرجوعُ إلىٰ أهلِ الخِبْرةِ، وهم التُّجَّارُ.

ثم تفصيلُ العُيُوبِ علىٰ ما ذكَر صاحبُ «**التحفة**»[2]: علىٰ نَوْعَيْن:

أحدُهما: ما يُوجِبُ فوَاتَ جُزْءٍ مِن المَبِيعِ وتَغْيِيرِه من حيثُ الظاهرُ دون الباطنِ.

والثاني: ما يُوجِبُ النُّقْصَانَ من حيثُ المعنىٰ دونَ الصورةِ.

أمَّا الأوَّلُ: فكثيرٌ؛ نحوُ: العَمَىٰ، والعَوَرِ، والصَّمَمِ، والشَّلَلِ، والزَّمَانةِ[3]، والأُصْبُعِ النَّاقصةِ، والسِّنِّ السَّوْداءِ، وَالسِّنِّ السَّاقطةِ، والظُّفْرِ الأَسْودِ، والخَرَسِ، والكَلْمِ[4]، والقُرُوحِ، والشِّجَاجِ[5]، وأثَرِ الْجِرَاحِ، والأمراضِ كلِّها التي في سائرِ البَدَنِ، والْحُمَّيَاتِ[6]، وهذا كلُّه ظاهرٌ.

وَأمَّا الثاني: فنحوُ السُّعَالِ القديمِ، وارتفاعِ الحَيْضِ في زمانٍ طويلٍ أدناه شهران [٢/٨٦ظ] فصاعدًا في الجَوَارِي.

---

(١) أشار في حاشية: «ن» إلىٰ أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «جُعِلَ محلًّا للبيع».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٩٣ ـ ٩٤].

(٣) **الزَّمانةُ**: العاهةُ وعُدْمُ بعض الأعضاء. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٤) **الكَلْمُ**: هو الجرْح، يقال: كَلَمَهُ كَلْمًا: إذا جَرَحَهُ، فهو مكلومٌ وكَليمٌ. ينظر: «المعجم الوسيط» [٢/٥٢٣].

(٥) **الشِّجَاجُ**: جَمْعُ شَجَّة، وهي الجراحة في الرأس أو الوجه أو الجَبِين. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٩٨١].

(٦) **الْحُمَّيَات**: جَمْع حُمَّىٰ. وهي عِلّة يصْحَبُها ارتفاعٌ في درجة حرارة الجسم، وهي أنواع. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٤١٧].

. . . .

ومنها: صُهُوبةُ[١] الشَّعْرِ، والشَّمَطُ[٢]، والشَّيْبُ في العبيدِ والجَوَارِي، والبَخَرُ[٣] عَيْبٌ في الجَوَارِي دونَ العبيدِ، إلا أن يَكُونَ فاحشًا [٩/١٨و/د] أوْ يَكُونَ عن داءٍ، وكذلك الدَّفَرُ[٤].

ومنها: الزِّنَا؛ عَيْبٌ في الجَوَارِي دونَ الغِلمانِ، إلا إذا كثُر منهم وصار عادةً لهم؛ فيَكُونُ عيبًا، وكذا كونُه ولدُ الزِّنَا عَيْبٌ في الجَوارِي دونَ العبيدِ، والحَبَلُ عَيْبٌ في الجاريةِ لا في البهائمِ، والنِّكَاحُ في الجاريةِ والغُلَامِ عَيْبٌ، والكُفْرُ عَيْبٌ في الجاريةِ والغُلَامِ.

ومن هذه الجملةِ: الْإِبَاقُ، والسَّرِقَةُ، والبَوْلُ في الفِرَاشِ، والجُنُونُ.

قال في «العيون»: «قال هشامٌ: سمعْتُ أبا يوسفَ: لو أن رَجُلًا اشْتَرَىٰ عبدًا قد احتلَم، أوْ جَارِيةً حاضَتْ، ولَمْ يُخْتَنِ العبدُ [٥/١٠٤ظ/م]، ولَمْ تُخْفَضِ الجاريةُ. قال: إنْ كان مُوَلَّدًا فهو عَيْبٌ، وإنْ كان جَلِيبًا فليس بعَيْبٍ، وإنْ كان صغيرًا فليس بعَيْبٍ»[٥].

وقال في «الإيضاح»: «وحَذْفُ الحروفِ في المصحفِ، أوْ في بعْضِه عَيْبٌ؛ لأنه يُوجِبُ نُقْصانَ الثَّمنِ»[٦].

---

(١) **الصُّهُوبَةُ**: لوْن بين الأحمر والأصفر. كذا جاء في حاشية: «م». وينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/٤٨٧].

(٢) **الشَّمَطُ**: اختلاط بَيَاض الشَّعْرِ بسوَادِه. والجمْع: أشماطٌ، وشِمَاطٌ. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٤٩٤].

(٣) **البَخَرُ**: الرَّائحةُ الكريهةُ مِن الفَم. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٤١].

(٤) **الدَّفَرُ**: النَّتْنُ خاصَّة. وقد تقدم التعريف بذلك. وجاء في حاشية: «م»: «هو عيْبٌ في الجَوَارِي دون العبيد، إلا أنْ يكون فاحشًا».

(٥) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنْدِيّ [ص/ ١٥٤].

(٦) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/ ٦٠].

وَالْإِبَاقُ وَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ وَالسَّرِقَةُ فِي الصَّغِيرِ عَيْبٌ مَا لَمْ يَبْلُغْ، فَإِذَا بَلَغَ؛ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعَيْبٍ حَتَّىٰ يُعَاوِدَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ.

وَمَعْنَاهَا: إِذَا ظَهَرَتْ عِنْدَ الْبَائِعِ فِي صِغَرِهِ ثُمَّ حَدَثَتْ عِنْدَ الْمُشْتَرِي فِي

قوله: (وَالْإِبَاقُ وَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ وَالسَّرِقَةُ فِي الصَّغِيرِ عَيْبٌ مَا لَمْ يَبْلُغْ، فَإِذَا بَلَغَ؛ فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعَيْبٍ حَتَّىٰ يُعَاوِدَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ). هذا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ في «مختصره»[1].

وحاصلُ الجوابِ فيها: ما قال في «التحفة»: «أنها في الصغيرِ الذي لا يَعْقِلُ، ولا يَأْكُلُ وحْدَه: لا تَكُونُ عيبًا؛ لأنه لا يَعْرِفُ الامتناعَ من هذه الأشياءِ، فلا يَثْبُتُ وجودُ العَيْبِ بالاحتمالِ.

فأَمَّا إذا كان صبيًّا عاقلًا: فإنه يَكُونُ عيبًا، ولكن عندَ اتِّحادِ الحالةِ يَثْبُتُ حقُّ الرَّدِّ، لا عندَ الاختلافِ [٩/١٨ظ/د]، بأَنْ ثبَتَ أنه أَبَقَ عندَ البائعِ، ثم أَبَقَ عندَ المُشْتَرِي كلاهما في حالةِ الصِّغَرِ، أَوْ كلاهما في حالةِ الكبرِ؛ لأَن سببَ وجودِ هذه الأشياءِ في حالةِ الصِّغَرِ عَيْبٌ، وهو قلَّةُ المبالاةِ، وقُصورُ العقلِ، وضَعْفُ المثانةِ، وفي حالةِ الكِبَرِ يَكُونُ السببُ سوءَ اختيارِه، وداءً في الباطنِ.

فإذا اتفق الحالان: عُلِمَ أن السببَ واحدٌ، فيَكُونُ هذا العَيْبُ ثابتًا عندَ البائعِ، فأَمَّا إذا اختلَفَ: فلا يُعْرَفُ؛ لأنه يَجُوزُ أن يَزُولَ الذي كان عندَ البائعِ، ثم حَدَثَ النوعُ الآخرُ عندَ المُشْتَرِي، فلا يَكُونُ له حقُّ الرَّدِّ، كالعبدِ إذا حُمَّ عندَ البائعِ، ثم حُمَّ عندَ المُشْتَرِي، فإنْ كان هذا الثاني غيرَ ذلك النوعِ؛ لا يَثْبُتُ حقُّ الرَّدِّ، وإنْ كان مِن نوْعِه؛ يَثْبُتُ حقُّ الرَّدِّ»[2]. إلىٰ هنا لفْظُ «التحفة».

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨١ - ٨٢].

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٩٥].

صِغَرِهِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ ذَلِكَ، وَإِنْ حَدَثَتْ بَعْدَ بُلُوغِهِ لَمْ يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُهُ؛ وَهَذَا لِأَنَّ سَبَبَ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ يَخْتَلِفُ بِالصِّغَرِ وَالْكِبَرِ، فَالْبَوْلُ فِي الْفِرَاشِ فِي الصِّغَرِ لِضَعْفِ الْمَثَانَةِ، وَبَعْدَ الْكِبَرِ لِدَاءٍ فِي بَاطِنِهِ، وَالْإِبَاقُ فِي الصِّغَرِ لِحُبِّ اللَّعِبِ، وَالسَّرِقَةُ [٩/ظ] لِقِلَّةِ الْمُبَالَاةِ، وَهُمَا بَعْدَ الْكِبَرِ لِخُبْثٍ فِي الْبَاطِنِ.

وَالْمُرَادُ مِنَ الصَّغِيرِ مَنْ يَعْقِلُ، فَأَمَّا الَّذِي لَا يَعْقِلُ فَهُوَ ضَالٌّ لَا آبِقٌ، فَلَا يَتَحَقَّقُ عَيْبًا.

وَالْجُنُونُ فِي الصِّغَرِ عَيْبٌ أَبَدًا.

غاية البيان

قولُه: (فَلَيْسَ ذَلِكَ بِعَيْبٍ حَتَّىٰ يُعَاوِدَهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ).

يعني: إذا وُجِدَ مِن الصغيرِ أحدُ [هذه][1] العُيُوبِ الثلاثةِ في صِغَرِهِ ثم بِيعَ، فبلَغَ في يدِ المُشْتَرِي، ثم وُجِدَ أحدُ هذه الأشياءِ في يدِه؛ لا يُعْتَبرُ ذلك عيبًا؛ لاختلافِ الحالةِ، إلا إذا عاوَده بعدَ البُلُوغِ في يدِ البائعِ، ثم باعه فوُجِدَ ذلك في يدِ المُشْتَرِي؛ يكُونُ ذلك عَيْبًا؛ لاتِّحادِ الحالةِ.

قولُه: (وَالْجُنُونُ فِي الصِّغَرِ عَيْبٌ أَبَدًا).

قال في «الجامع الصغير»: «وإذا جُنَّتْ وهي صغيرةٌ؛ فهذا عَيْبٌ أبدًا»[2].

قال صاحبُ «التحفة» [٥/١٠٥و/م]: «الجنونُ إذا ثبَتَ وجودُه عند البائعِ، هل يُشْتَرطُ وجودُه ثانيًا عندَ المُشْتَرِي؟ ليس فيه روايةٌ».

ثم قال: «اختَلف المشايخُ، بعضُهم قالوا: لا يُشْتَرطُ؛ لأن محمدًا قال: الجنونُ [٩/١٩و/د] عَيْبٌ لازم أبدًا، فلا يُشْتَرطُ وجودُه ثانيًا عندَ المُشْتَرِي، بخلافِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٩].

....

السَّرقةِ، والْإِباقِ، والبَوْلِ في الفِراشِ، فإنه ما لَمْ يُوجَدْ عندَ المُشْتَرِي؛ لا يَثْبُتُ حقُّ الرَّدِّ.

وقال **بعضُهم**: لا يَكُونُ له حقُّ الرَّدِّ ما لَمْ يُوجَدْ ثانيًا عندَ المُشْتَرِي، كما في الْإِباقِ ونظائرِه، إلا أن الفرْقَ: أن في الجنونِ لا يُشْتَرطُ [٢/٨٧و] اتِّحادُ الحالةِ، بأنْ جُنَّ عندَ البائعِ وهو صغيرٌ عاقلٌ، ثم جُنَّ عندَ المُشْتَرِي بعدَ البُلُوغ، فإنه يَثْبُتُ حقُّ الرَّدِّ، [و][1]في الْإِباقِ ونَظِيرِه لا يَثْبُتُ حقُّ الرَّدِّ إلا عندَ اتِّحادِ الحالةِ»[2].

وقال **فخرُ الإسلامِ في «شرح الجامع الصغير»**: «مِن مشايخِنا مَن قال: معنى هذا[3] أنه إذا ثبَتَ الجنونُ عندَ البائعِ؛ وجَب الرَّدُّ، وإنْ لَمْ يُعاوِد عندَ المُشْتَرِي».

ثم قال فخرُ الإسلامِ: وهذا غلَطٌ، قد نصَّ محمدٌ في بيوعِ **«الأصل»**[4]، وفي **«الجامع الكبير»**[5] غيرَ ذلك: أن الرَّدَّ ليس يَثْبُتُ بعَيْبِ الجنونِ إلا أن يُعاوِدَه عندَ المُشْتَرِي؛ لأن اللهَ تعالى قادرٌ على أنْ يُزِيلَهُ، فلَمْ يَكُنْ من ضرورةِ وجودِه يومًا بقاؤُه».

ثم قال: «وإنما معنَى ما قال محمدٌ في الكتابِ: أنه متَى جُنَّ عندَ البائعِ مرَّةً، ثم أصابه ذلك عند المُشْتَرِي؛ فهو الأوَّلُ وإنْ تقادَم العهدُ؛ لأن المُعَاودةَ دليلٌ على قيامِه؛ لأنه شيءٌ واحدٌ، وهو فسادٌ في الباطنِ.

وإلى هذا ذهَب الصدرُ الشهيدُ وصاحبُ **«الهداية»**، وقد مالَ الفقيهُ أبو الليثِ

---

(١) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٩٥ ـ ٩٦].

(٣) أي: معنى ما قال في «الجامع الصغير». كذا جاء في حاشية: «م»، و«د».

(٤) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٢/٤٩٦/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٥) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/ ٢١١].

. . . .

في «**شرح الجامع الصغير**»: إلىٰ أن المُعَاودةَ في يدِ المُشْتَرِي لا تُشْتَرطُ؛ لأن الجنونَ [٩/١٩ظ/د] عَيْبٌ لازمٌ أبدًا؛ لأنه يُخافُ أنْ يَعُودَ [في][1] كلِّ وَقْتٍ؛ لأن الجنونَ لفسادٍ في الدِّماغِ، فإذا كان هكذا يَكُونُ ذلك عيْبًا أبدًا، وللمُشْتَرِي أنْ يَرُدَّ.

وَلَا يُقَالُ: فيما ادَّعَىٰ فخرُ الإسلامِ مِن تنصيصِ محمَّدٍ في «**الأصل**» نظَرٌ؛ لأن محمدًا قال فيه: «والجنونُ عَيْبٌ، إذا جُنَّ مرَّةً واحدةً فهو عَيْبٌ لازمٌ أبدًا». هذا لفْظُ «**الأصل**»[2]، ولَمْ يشْتَرِطْ فيه المُعَاودةَ [٥/١٠٥ظ/م] في يدِ المُشْتَرِي كما تَرَىٰ.

لِأَنَّا نَقُولُ: قد قال محمدٌ بعدَ ذلك قريبًا من صفحةٍ: «وإنْ طعَن المُشْتَرِي بِإِباقٍ أوْ جُنُونٍ، ولا يَعْلَمُ القاضي ذلك؛ فإنه لا يَسْتَحْلِفُ البائعَ حتَّىٰ يَشْهَدَ شاهدان أنه قد أَبَقَ عندَ المُشْتَرِي أوْ جُنَّ عندَه»[3]، وقد اشترَط المُعَاودةَ في الجنونِ كما تَرَىٰ، كما اشترَط في الإِباقِ.

أمَّا ما قاله مِن التعليلِ بقولِه[4]: «لأن اللهَ تعالىٰ قادرٌ علىٰ أنْ يُزيلَهُ، فلَمْ يَكُنْ مِن ضرورةِ وجودِه يومًا بقاؤُه». ففيه نظَرٌ؛ لأن قدرةَ اللهِ تعالىٰ علىٰ الإزالةِ تدلُّ علىٰ إمكانِ الزوالِ، فلا يَلْزَمُ منَ الإمكانِ الوقوعُ.

علىٰ أنَّا نَقُولُ: زوالُ الجنونِ بعدَ ثبوتِه نادرٌ، فلا اعتدادَ به.

وجملةُ القولِ هنا: ما قال الشيخُ الإمامُ أبو الْمُعِينِ النَّسَفِيُّ ﷺ في «**شرح الجامع الكبير**» قال: «وكان الشيخُ الإمامُ أبو بكرٍ محمدُ بنُ حامدٍ يَقُولُ: إن

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«غ».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥/١٨٨].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥/١٨٨].

(٤) أي: فخر الإسلام ﷺ.

....

المُشْتَرِيَ لو أثبتَ وجودَ هذه العيوبِ عيوبًا لازمةً، لا زوالَ لها بعد ثبوتِها في شخْصٍ، غيرَ أن الجنونَ لازمٌ، سواءٌ ثبَتَ في حالةِ الصِّغَرِ أوْ حالةِ الكِبَرِ؛ لأنه لفسادٍ في محلِ العقلِ وهو الدِّماغُ، وهو مما لا زوالَ له، والبَوْلُ في الفِراشِ في حالةِ الصِّغَرِ لضَعْفِ المَثَانةِ، والضعفُ قبلَ البُلُوغِ شاملٌ في الأعضاءِ كلِّها، ثم عندَ البُلُوغِ تكْمُلُ أعضاؤُه وتشْتَدُّ، فكذا هذا.

فإذا بلَغَ ومعَ [٩/٢٠و/د] هذا بالَ؛ دلَّ [على][1] أنه كان لمعنًى آخرَ سوى ذلك الضعفِ الأصليِّ، وهو ثبوتُ ضَعْفٍ في المثانةِ بسببٍ آخَرَ، فحينئذٍ يَكُونُ عيبًا لازمًا، وكذا السَّرقةُ والإِباقُ في الصِّغَرِ؛ لِعُرَامٍ[2] وقلَّةِ تمييزٍ في الصبيانِ، وهما يَزُولانِ بالبلوغِ، فإذا ثبَتَ شيءٌ منها بِالبلوغِ؛ عُلِمَ أنها لشرارةٍ طُبِعَ عليها وخُبْثٍ، وسوءِ دِخْلةٍ[3] جُبِلَ عليهما، وهذا مما لا زوالَ له، فثبوتُه في وَقْتٍ يَدُلُّ على بقائِه إلى أنْ يَمُوتَ، فكان له أنْ يَرُدَّ [٢/٨٧ظ] بذلك؛ لأن بثبوتِه عندَ البائعِ يَظْهَرُ أنه ثابتٌ عند المُشْتَرِي أيضًا».

ثم قال الشيخ أبو الْمُعِينِ: «وكثيرٌ مِن مشايخنا يَذْهَبُون إلى هذا في الجنونِ، وفيما وراءَ ذلك يَقُولُون: لا يَثْبُتُ [٥/١٠٦و/م] للمُشْتَرِي حقُّ الرَّدِّ ما لَمْ يَثْبُتْ أن هذه العُيُوبَ موجودةٌ عندَه؛ لأن الجنونَ لفسادٍ في الدِّماغِ، وهو مما لا يَرْتَفِعُ عادةً، ولهذا قال محمدٌ: الجنونُ عَيْبٌ لازمٌ أبدًا.

والأسبابُ الحامِلةُ على الإباقِ والسَّرقةِ والبَوْلِ في الفِراشِ ـ مِن الخُبْثِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«غ».

(٢) يقال: عَرَم الصبيُّ عُرَامًا فهو عارِم. كذا جاء في حاشية: «م»، و«د». يعني: بَطِرَ أو فَسَد، والعُرَامُ: الشِّدَّةُ والقوة والشَّراسة. ينظر: «لسان العرب» لابن منظور [١٢/٣٩٥/مادة: سمر].

(٣) الدِّخْلَةُ: باطِنُ الأمر، وهي مِن الإنسان: دَاخِلَتُه. ويقال: هو حَسَنُ الدِّخْلَة، أوْ خبيث الدِّخْلة. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٢٧٥].

....

والشَّرارةِ وضَعْفِ المثانةِ ـ يُمْكِنُ زوالُها وارتفاعُها، وكثيرًا ما ينزَجِرُ الشِّرِّيرُ الخبيثُ ويرْتَدِعُ، فيتوبُ ويَصِيرُ مِن أصلحِ عبادِ اللهِ وأكثرِهم خيرًا، وضَعْفُ المثانةِ مما يَزُولُ وإنْ كان بعدَ البُلُوغِ لموافَقَةِ بعضِ الأغْذيةِ وأشباهِ ذلك، فما لَمْ يَثْبُتْ عندَ المُشْتَرِي؛ لا يَثْبُتُ [٩/٢٠ظ/د] له حقُّ الرَّدِّ».

ثم قال الشيخُ أبو الْمُعينِ: «وعامَّةُ مشايِخنا لا يُفرِّقون بينَ الجُنُونِ وغيرِه، بل يَقُولون: كلُّ ذلك مُتَصَوَّرُ الزوالِ، فما لَمْ يَثْبُتْ عندَ المُشْتَرِي؛ لا يَثْبُتُ له حقُّ الرَّدِّ؛ لتصوُّرِ الزوالِ وارتفاعِ السببِ الحاملِ، وكم من مَجْنُونٍ أفاق ثم لَمْ يَعُد إليه، وكذا غيرُه.

فإذا وُجِدَ شيءٌ منها عندَ المُشْتَرِي؛ عُلِمَ ببقاءِ السببِ المُوجِبِ الحاملِ عليه، فيَثْبُتُ حقُّ الرَّدِّ، غيرَ أن السببَ الحاملَ على البَوْلِ في الفِراشِ، والسَّرقةِ، والْإِباقِ في الصِّغَرِ: غيرُ السببِ الحاملِ عليها في الكِبَرِ، فوجودُه عندَ الكِبَرِ في يدِ المُشْتَرِي لا يَدُلُّ على أنه كان لذلك السببِ لا محالةَ، فلا يَثْبُتُ له حقُّ الرَّدِّ؛ لجوازِ أنه حدَثَ عندَه لمعنًى آخرَ ما لَمْ يَكُنْ وُجِدَ عندَ البائعِ في الكِبَرِ.

فأَمَّا الجنونُ: فلا يَكُونُ إلا لفسادٍ في محلِّ العقلِ وهو الدِّماغُ، ففي أيِّ وَقْتٍ ظهَر؛ فهو بذلك السببِ، فلَمْ يَكُنْ عن عَيْبٍ حادثٍ، وهذا معنى قولِ محمَّدٍ: الجنونُ عَيْبٌ لازمٌ».

ثم قال الشيخ أبو الْمُعِين: «وحُكِيَ عن الشيخِ أبي بكرٍ الْإِسْكَافِ البَلْخِيِّ: أن الجنونَ أيضًا بمنزلةِ البَوْلِ في الفِراشِ، والْإِباقِ، والسَّرِقةِ، فلا يُمْكِنُ المُشْتَرِي أنْ يَرُدَّ بِالجنونِ إذا جُنَّ عندَه في حالةِ الكِبَرِ إذا كان الجنونُ عندَ البائعِ في حالةِ الصِّغَرِ، وإنما يَثْبُتُ له حقُّ الرَّدِّ إذا كان الجنونُ عندَ البائعِ في حالةِ الكِبَرِ أيضًا.

ووَجْهُ ذلك: أن سببَه في الصِّغَرِ: الضعفُ الشاملُ [٩/٢١و/د] على الأعضاءِ

وَمَعْنَاهُ: إِذَا جُنَّ فِي الصِّغَرِ فِي يَدِ الْبَائِعِ ثُمَّ عَاوَدَهُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فِيهِ أَوْ فِي الْكِبَرِ يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّهُ عَيْنُ الْأَوَّلِ، إِذِ السَّبَبُ فِي الْحَالَيْنِ مُتَّحِدٌ وَهُوَ فَسَادُ الْبَاطِنِ، وَلَيْسَ مَعْنَاهُ أَنَّهُ لَا يُشْتَرَطُ الْمُعَاوَدَةُ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ اللهَ تَعَالَىٰ قَادِرٌ عَلَىٰ إِزَالَتِهِ، وَإِنْ كَانَ قَلَّمَا يَزُولُ فَلَا بُدَّ مِنَ الْمُعَاوَدَةِ لِلرَّدِّ.

وَالْبَخَرُ وَالدَّفْرُ عَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ قَدْ يَكُونُ ....

غاية البيان

[٥/١٠٦ظ/م]، وهو يَزُولُ في الكِبَر كما في ضَعْفِ المثانةِ، وفي حالِ الكِبَرِ لفسادٍ اختصَّ به محلُّ العقلِ.

والصحيحُ: ما ذهَب إليه عامَّةُ المشايخِ؛ لأن ضَعْفَ الدِّماغِ لا يُوجِبُ الجنونَ، بل يُوجَدُ فيه مِن العقلِ بقَدْرِه، ولهذا تَظْهَرُ آثارُ العقلِ في الصِّغارِ، ثم يَزْدادُ ذلك بزيادةِ قُوَّتِه، فكان الجنونُ ثابتًا لفسادٍ فيه».

ثم قال الشيخُ أبو الْمُعِينِ: «وكان عَلِيٌّ الرَّازِيُّ يَقُولُ: البَوْلُ في الفِراشِ إنما لا يُعَدُّ عيبًا يُرَدُّ به إذا كان صغيرًا، فأَمَّا إذا كان كبيرًا، بأنْ كان ابنَ عشرِ سنينَ وأشباهَ ذلك؛ فهو عَيْبٌ يُرَدُّ به». هذا حاصلُ ما ذكَره الشيخُ أبو الْمُعِينِ النَّسفيُّ في «**شرح الجامع الكبير**».

قولُه: (وَمَعْنَاهُ: إِذَا جُنَّ فِي الصِّغَرِ...). إلىٰ آخرِه، أي: معنىٰ كونِ الجنونِ في الصغيرِ عيبًا أبدًا: أَلَّا تَخْتَلِفُ الحالُ بينَ حالةِ الصِّغَرِ والكِبَرِ.

قولُه: (وَلَيْسَ مَعْنَاهُ)، **أي**: ليس معنىٰ قولِه: (أَبَدًا). أَلَّا تُشْتَرطُ المُعَاوَدَةُ في يدِ المُشْتَرِي، وهو نفْيٌ لقولِ بعضِ المشايخِ: إنه لا تُشْتَرطُ المُعَاودةُ، وقد مَرَّ بيانُ اختلافِهم [٢/٨٨و] آنفًا.

قولُه: (وَالْبَخَرُ وَالدَّفْرُ عَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ). هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»،

الِاسْتِفْرَاشُ(١) ....

غاية البيان

وتمامُه فيه: «وليس بعَيْبٍ في الغُلَامِ إلا أن يَكُونَ من داءٍ»(٢).

وقال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «البَخَرُ: عَيْبٌ في الجاريةِ، ولا يَكُونُ عيبًا في الغُلَامِ إلا أنْ يَكُونَ في الغُلَامِ من داءٍ».

ثم قال: «والدَّفْرُ في الجاريةِ عَيْبٌ، وليس بعَيْبٍ في الغُلَامِ إلا أن يَكُونَ مِن ذلك شيءٌ فاحشٌ لا [٩/٢١ظ/د] يَكُونُ في عامَّةِ الناسِ، وهو معَ ذلك يُنْقِصُ الثَّمنَ»(٣). ولفْظُ محمدٍ في «الأصل»(٤) كما ذكَر الكَرْخِيُّ.

وقال الفقيهُ أبو الليثِ في «خزانة الفقه»: «أربعةُ أشياءَ عَيْبٌ في الجَارِيةِ دونَ الغُلَامِ: البَخَرُ، والدَّفْرُ، والزِّنَا، ووَلَدُ الزِّنَا، وذلك لأن الجاريةَ قد يُرَادُ منها الِاسْتِفْرَاشُ، وهذه المعاني تَمْنَعُ منه، فكانت عيبًا فيها، بخلافِ الغُلَامِ، فإنه للاستخدامِ خارجَ البيتِ، فلا تَكُونُ هذه المعاني مانعةً منه، فلَمْ تُعَدَّ عيبًا، بخلافِ ما إذا كان من داءٍ، فحينَئِذٍ يَكُونُ عيبًا في الغُلَامِ أيضًا؛ لأنَّ الداءَ عَيْبٌ».

ونقَل في «الأجناسِ» عن «البيوع» للحسنِ بنِ زيادٍ: قال [٥/١٠٧و/م] أبو حَنِيفَةَ رضي الله عنه: «الدَّفْرُ ليس بعَيْبٍ في الجاريةِ ولا في الغُلَامِ، إلا أنْ يَكُونَ دَفْرًا فاحِشَ الرِّيحِ؛ فيكونُ عيبًا في الجاريةِ دونَ الغُلَامِ».

ثم قال: «وفي «البيوع» ـ إملاء ـ: الدَّفْرُ ليس بعَيْبٍ في واحدٍ منهما، والعَسَرُ(٥)

---

(١) زَادَ بعده فِي (ط): «وطلب الولد».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨٢].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٥١].

(٤) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٢/٤٩٤ ـ ٤٩٥/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٥) الْعَسَرُ: مَصْدَرُ الْأَعْسَرِ، وهو الذي يعمل بشماله ما يعمله غيرُه بيمينه. ينظر: «لسان العرب» لابن منظور [٥٦٥/٤ /مادة: عسر].

وَهُمَا يُخِلَّانِ بِهِ، وَلَيْسَا بِعَيْبٍ فِي الْغُلَامِ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الِاسْتِخْدَامُ، وَلَا يُخِلَّانِ بِهِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ دَاءٍ؛ لِأَنَّ الدَّاءَ عَيْبٌ.

غاية البيان

عَيْبٌ، وهو الذي يعْمَلُ بشمالِه ولا يَعْمَلُ بيمينِه»[١]. إلىٰ هنا لَفْظُ «**الأجناس**».

وقيل: إذا كان العبدُ أَمْرَدَ؛ يَكُونُ البَخَرُ فيه عيبًا، والأصحُّ: أن الأَمْرَدَ وغيرَه سواءٌ. كذا في «**خلاصة الفتاوىٰ**»[٢].

والبَخَرُ: رَائِحَةٌ مُتغَيِّرَةٌ مِن الفمِ، وكلُّ رَائِحةٍ ساطِعةٍ فهي بَخَرٌ، مَأْخُوذٌ مِن بُخارِ القِدْرِ أَوْ بُخارِ الدُّخَانِ، وهذا البُخورُ الذي يُتَبَخَّرُ به: مِن ذلك. كذا في «**الجمهرة**»[٣].

والدَّفْرُ: نَتْنُ رِيحِ الإبطِ. قال في «**الجمهرة**»: «الدَّفْرُ: النَّتْنُ، رَجُلٌ أَدْفَرُ، وامرأةٌ دَفْراءُ، ويقالُ للمرأةِ: يا دَفارِ، معدولٌ، وقد [٩/٢٢و/د] شَممْتُ دَفْرَ الشيءِ ودَفْرَهُ: بسكونِ الفاءِ وفَتْحِها. وَأَمَّا الذَّفَرُ ـ بالذالِ المعجمةِ ـ: فهو حِدَّةٌ مِن طِيبٍ[٤] أَوْ نَتْنٍ، وربما خُصَّ به الطِّيبُ فقيل: مِسْكٌ أَذْفَرُ». كذا في «**الجمهرة**»[٥].

وقال فيها[٦]: «وصفَتِ امرأةٌ مِن العَربِ شيخًا فقالَتْ: أَدْبَرَ ذَفَرُهُ، وَأَقْبَلَ بَخَرُهُ»[٧].

قولُه: (**وَهُمَا يُخِلَّانِ بِهِ**)، أي: البَخَرُ والدَّفْرُ يُخِلَّانِ بِالِاسْتِفْرَاشِ.

---

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [ص ٦٨].

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ١٩٣].

(٣) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٢٨٧].

(٤) وقع بالأصل: «مِن طين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «جمهرة اللغة».

(٥) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٢/٦٣٤ ـ ٦٩٣].

(٦) أي: «الجمهرة».

(٧) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٢/٦٩٣].

وَالزِّنَا وَوَلَدُ الزِّنَا عَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ دُونَ الْغُلَامِ؛ لِأَنَّهُ يُخِلُّ بِالْمَقْصُودِ فِي الْجَارِيَةِ وَهُوَ الِاسْتِفْرَاشُ وَطَلَبُ الْوَلَدِ، وَلَا يُخِلُّ بِالْمَقْصُودِ فِي الْغُلَامِ وَهُوَ

غاية البيان

قولُه: (وَالزِّنَا وَوَلَدُ الزِّنَا عَيْبٌ فِي الْجَارِيَةِ دُونَ الْغُلَامِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[(١)].

قال محمدٌ في «الأصل»: «وإذا كان زانيًا أوْ ولَدَ زِنًا؛ لَمْ يَكُنْ له أنْ يَرُدَّهُ؛ لأن هذا ليس بعَيْبٍ في الغُلَامِ، وهو في الجاريةِ عَيْبٌ يردُّها منه إذا كانت زانيةً أوْ ولدَ زِنًا؛ لأنها تُوطأُ وتُتَّخذُ أُمَّ ولَدٍ»[(٢)]. هذا لفْظُ «الأصل».

وقال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «والزِّنا في الجاريةِ عَيْبٌ، وليس ذلك بعَيْبٍ في الغُلَامِ في معنى المالِ، وإنْ كان عيبًا في الدِّينِ»[(٣)].

قال الفقيهُ أبو الليثِ في «شرح الجامع الصغير»: «لوِ اشْتَرَىٰ عبدًا فوجَده زانيًا؛ لا يَكُونُ عَيْبًا؛ لأن فيه زيادةَ قوَّةٍ، وزيادةُ القوَّةِ لا تَكُونُ عيبًا، أَلَا تَرَىٰ أنه لوِ اشْتَرَىٰ عبدًا فوجَده عِنِّينًا؛ فله أنْ يَرُدَّه، فكذلك ههنا».

وذكَر أبو يوسفَ في «الأمالي»، وذكَر الحسنُ بنُ زيادٍ عن أبي حَنِيفَةَ أنه قال: إذا اشْتَرَىٰ عبدًا علىٰ أنه خَصِيٌّ، فإذا هو فَحْلٌ؛ لزِمه ذلك [٥/١٠٧ظ/م]، وَأَمَّا إذا اشتراه علىٰ أنه فَحْلٌ، فإذا هو خَصِيٌّ؛ لَمْ يَلْزَمْهُ، فكذلك هذا في هذه المسألةِ.

والتحقيقُ هنا: أنْ يُقالَ [٢/٨٨ظ]: إن الزِّنَا مُفْسِدٌ للفِراشِ، وذلك مقصودٌ في الجواري دونَ [٩/٢٢ظ/د] العبيدِ، ولذلك كان الزِّنا عيبًا في الجاريةِ دونَ الغُلَامِ.

قال مشايخُنا: إلا أن يَكُونَ مُدْمِنًا لِلزِّنا يَنْقَطِعُ به عن خدمةِ المولىٰ، فيَكُونُ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٨٢].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٥/١٨٥].

(٣) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٥١].

الِاسْتِخْدَامُ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الزِّنَا عَادَةً لَهُ عَلَىٰ مَا قَالُوا؛ لِأَنَّ اتِّبَاعَهُنَّ مُخِلٌّ بِالْخِدْمَةِ.

وَالْكُفْرُ عَيْبٌ فِيهِمَا؛ لِأَنَّ طَبْعَ الْمُسْلِمِ يَنْفُرُ عَنْ صُحْبَتِهِ؛ وَلِأَنَّهُ يَمْنَعُ صَرْفَهُ فِي بَعْضِ الْكَفَّارَاتِ فَتَخْتَلُّ الرَّغْبَةُ، فَلَوْ اشْتَرَاهُ عَلَىٰ أَنَّهُ كَافِرٌ فَوَجَدَهُ مُسْلِمًا لَا يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّهُ زَوَالُ الْعَيْبِ[1].

غاية البيان

حينئذٍ عيبًا، وإذا كانتِ الجاريةُ ولدَ الزِّنا فهو عَيْبٌ؛ لأنها تُرَادُ للاسْتِيلَادِ، ويُعَيَّرُ ولدُها بذلك، وليس بعَيْبٍ في الغُلَامِ؛ لأنه يُرَادُ للخدمةِ. كذا في «**الإيضاح**» وغيرِه.

والفقيهُ أبو الليثِ أَوْرَدَ سؤالًا وجوابًا، فقال: «فإنْ قيل: لو وجَده سارقًا كان له أنْ يَرُدَّ، والمعنىٰ في ذلك: أنه لا يُؤْتَمنُ على الخِزانةِ والأموالِ، فإذا كان زانيًا: لِمَ لا يَكُونُ عيبًا لأنه لا يُؤْتَمنُ علىٰ الجَوَارِي والخَدَمِ؟!

قيل: إذا كُنَّ مَسْتُورَاتٍ يُمْكِنهُنَّ حِفْظُ أَنْفُسِهِنَّ، وإذا شغَلَه المولَىٰ بالعملِ ربَّما لا يَتَفرَّغُ لذلك الأمرِ، فلذلك المعنىٰ لا يَكُونُ عيبًا».

قولُه: (لِأَنَّ اتِّبَاعَهُنَّ)، مِن إضافةِ المصدرِ إلىٰ المفعولِ. أي: لأن اتباعَ الغُلَامِ النساءَ.

قولُه: (وَالْكُفْرُ عَيْبٌ فِيهِمَا)، أي: في الغُلَامِ والجاريةِ.

قال محمدٌ في «الجامع الصغير»: «عن يعقوبَ عن أبي حَنيفةَ: فيمَنِ اشْتَرَىٰ عبدًا فإذا هو يهودِيٌّ، أَوْ نصرانِيٌّ، أَوْ مجوسِيٌّ، أَوِ اشْتَرَىٰ أَمَةً فوجَدَها كذلك، قال: كلُّ هذا عَيْبٌ يُرَدُّ منه»[2].

وهذا لأن المسلمَ قلَّما يَرْغَبُ في صُحْبَةِ الكافرِ ويَنْفِرُ عنه، فكان الكُفْرُ سببًا

---

(١) زَادَ بعده فِي (ط): «وَعِنْدَ الشَّافِعِيِّ يرده؛ لِأَنَّ الكافر يستعمل فِيمَا لَا يستعمل فِيهِ المسلم، وفوات الشَّرْط بمنزلة العيب».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٩].

فَلَوْ كَانَتِ الْجَارِيَةُ بَالِغَةً لَا تَحِيضُ ، أَوْ هِيَ مُسْتَحَاضَةٌ ؛ فَهُمَا عَيْبٌ ؛ لِأَنَّ

لنُقْصانِ الثَّمنِ لفتُورِ الرغبةِ ، فكان عيبًا ، ولأنه لا يَجُوزُ صَرْفُ الكافرِ إلىٰ كفَّارةِ القتلِ بالإجماعِ ، ولا يَجُوزُ صَرْفُه إلىٰ كفَّارةِ [٩/٢٣و/د] اليمينِ والظِّهارِ عندَ بعضِ الناسِ ، فاختَلَّتِ[1] الرغبةُ .

قال فخرُ الإسلامِ في «شرح الجامع الصغير»: فإنِ اشتراه علىٰ أنه مسلمٌ ، فوجدَه كافرًا ؛ فلا شُبْهَةَ في الرَّدِّ ، وإنِ اشتراه علىٰ أنه كافرٌ ، فوجَده مسلمًا ؛ لَمْ يَرُدَّه عندَنا ؛ لأنه شَرَطَ العَيْبَ فوجَد السَّلَامةَ .

وقال الشَّافعيُّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ[2]: يُرَدُّ به ؛ لأنه فات شرْطٌ مرغوبٌ ؛ لأن الأَوْلَىٰ بالمسلمِ أنْ يَسْتَعْبِدَ الكافرَ ، وكان السلفُ يَسْتَعْبِدون العُلُوجَ[3].

[٥/١٠٨و/م] **والجوابُ**: أن هذا أمْرٌ راجعٌ إلىٰ الدِّيانةِ ، ولا عبْرةَ به في المُعَاملاتِ ، أَلَا تَرَىٰ أنه لو اشتراه علىٰ أنه مسلمٌ ، فوجَده كافرًا ؛ يَرُدُّه ، ولو اشْتَراه علىٰ أنه أعمًىٰ ، فوجَدَه بصيرًا ؛ لَمْ يَرُدَّه .

فأقولُ: ذِكْرُ الكُفْرِ ـ فيما اشتراه علىٰ أنه كافرٌ ـ يَكُونُ للبراءةِ عن عَيْبِ الكُفْرِ ، لا للشَّرْطِ بأن يُوجدَ فيه هذا الوَصْفُ القبيحُ لا محالةَ ، فإذا ظهَر مسلمًا ؛ كان سليمًا عن عَيْبٍ ، فلا حاجةَ إلىٰ الرَّدِّ .

قولُه: (فَلَوْ كَانَتِ الْجَارِيَةُ بَالِغَةً لَا تَحِيضُ ، أَوْ هِيَ مُسْتَحَاضَةٌ ؛ فَهُمَا عَيْبٌ) ، **أي**: عدمُ الحَيْضِ ، وهو ارتفاعُ الحَيْضِ والِاسْتِحَاضَةُ كلاهما عَيْبٌ ، وهذه مِن

---

(١) وقع في «ن»: «فاختلفت».

(٢) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٣/٤٦٠] ، و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٤/٢٠٦]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٣/٤٤٧].

(٣) **العُلُوجُ والأَعْلَاجُ**: جَمْع عِلْج ، وهو الرَّجُلُ مِنْ كُفار العَجَم وغيرهم. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٣/٢٨٦/مادة: عَلَجَ].

ارْتِفَاعُ الدَّمِ وَاسْتِمْرَارُهُ عَلَامَةُ الدَّاءِ، وَيُعْتَبَرُ فِي الِارْتِفَاعِ أَقْصَىٰ غَايَةِ الْبُلُوغِ وَهُوَ

مسائلِ «**الجامع الصغير**» المعادَةِ.

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ أنه قال: الجاريةُ التي لا تحيضُ ـ الكبيرةُ البالغةُ، أو المُسْتَحاضَةُ ـ هذا فيها عَيْبٌ»[1].

وقال محمدٌ في «الأصل»: «والمُسْتَحاضَةُ والتي يرتَفِعُ حيْضُها زمانًا، فهذا كلُّه عَيْبٌ»[2].

وفسَّر في «**التحفة**»[3] أدنَىٰ ذلك الزمانِ: بشهرَيْن، وقد مَرَّ ذلك في أوَّلِ البابِ.

وإنما كان ارتفاعُ الدمِ [٩/٢٣ظ/د] في أوانِه والاِسْتحاضةُ[4] عيبًا؛ لأنَّ العادةَ الأصليةَ في النساءِ التي هي حالُ السَّلَامةِ الحَيْضُ في أوانِه، فإذا بلغَتْ أَوَانَ الحَيْضِ وارتفَع ذلك زمانًا؛ كان دلالةَ داءٍ في الباطنِ.

قالوا: ويُعْتَبرُ في ذلك أقصىٰ ما يَنتَهِي إليه ابتداءً حيْضُ النساءِ في العادةِ [٢/٨٩و]، وهو سبعةَ عشرَ سنةً عندَ أبي حنيفةَ ﷺ، وكذا إذا ظهرَتْ مُسْتحاضةً يَكُونُ ذلك لداءٍ في باطنِها، فكان له ردُّها بذلك العَيْبِ.

قال الإمامُ العَتَّابِيُّ ﷺ **وغيرُه:** وإنما يُعْرَفُ ذلك عندَ المُنازعةِ بقولِ الأَمةِ؛ لأنه لا يَقِفُ علىٰ ذلك غيرُها، ويُحَلَّفُ المولَىٰ معَ ذلك باللهِ: لقد سلَّمَها بحُكْمِ البَيْعِ وما بها هذا العَيْبُ، وإنْ نَكلَ؛ تُرَدُّ بنُكولِه، هذا إذا كان بعدَ القبضِ، وإنْ كان قبْلَ القبضِ؛ يُحَلِّفه باللهِ: ما بها هذا العَيْبُ الذي يدَّعيه المُشْتَرِي في الحالِ.

وهذا علىٰ قياسِ قولِ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ في مسألةِ البكارةِ: إذا اشْتَرَىٰ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٩].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن [٥/١٩٤].

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٩٤].

(٤) وقع بالأصل: «والمُسْتَحَاضَة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

....

غاية البيان

جَاريةً على أنها بِكْرٌ، فقال المُشْتَرِي: ليست ببكْرٍ، وقال [٥/١٠٨ظ/م] البائعُ: هي بِكْرٌ في الحالِ؛ فإن القاضيَ يُرِي النساءَ، فَإِنْ قُلْنَ: هي بِكْرٌ؛ لَزِمَ المُشْتَرِي مِن غيرِ يمينِ البائعِ؛ لأن شهادتَهُنَّ تأيَّدَتْ بمُؤَيِّدٍ، وهو أن الأصلَ: هو البكارةُ، وإِنْ قُلْنَ: هي ثَيِّبٌ؛ لَمْ يَثْبُتْ حقُّ الفَسْخِ للمُشْتَرِي بشهادتِهِنَّ؛ لأن شهادَتَهُنَّ ضعيفةٌ، وحقُّ الفَسْخِ حقٌّ قويٌّ، وبشهادتِهِنَّ يَثْبُتُ للمُشْتَرِي حقُّ الخُصُومةِ في توجيهِ اليمينِ على البائعِ، فيُحَلَّفُ البائعُ باللهِ: لقد سلَّمَها بحُكْمِ البَيْعِ، وهي بِكْرٌ ـ إنْ كان بعدَ القبضِ ـ وإنْ كان [٩/٢٤و/د] قبْلَ القبضِ: باللهِ إنها بِكْرٌ.

ورُوِيَ عن محمدٍ: أنها تُرَدُّ على البائعِ بشهادتِهِنَّ مِن غيرِ يَمِينِ البائعِ، فكذا ههنا تُرَدُّ مِن غيرِ يمينِ البائعِ.

وقال في «الفتاوى الصغرى»: «إذا اشْتَرَى جَاريةً فوجَدَها لا تَحِيضُ؛ لا تُسْمَعُ منه الخُصُومةُ ما لَمْ يَدَّعِ ارتفاعَ الحَيْضِ بسببِ الدَّاءِ أو الحَبَلِ، فإنِ ادَّعَى بسببِ الحَبَلِ؛ يُرِيها النساءَ، فإنْ قُلْنَ: هي حُبْلَى؛ يُحَلَّفُ البائعُ: أن ذلك لَمْ يَكُنْ عندَه، وإن قُلْنَ: ليست بحُبلى؛ لا يَمينَ على البائعِ.

وإنِ ادَّعَى المُشْتَرِي ارتفاعَ الحَيْضِ بسببِ الدَّاءِ؛ يُرِيها الاثنينِ من أطبَّاءِ المسلمين، فإنْ ثبَتَ العَيْبُ؛ يُحَلَّفُ البائعُ كما تقدَّمَ، وإنْ لَمْ يَثْبُتْ لا يُحَلَّفُ.

والمرجعُ في معرفةِ الحَبَلِ: قولُ النساءِ، وفي معرفةِ الداءِ: قولُ الأطبَّاءِ.

وفي «فتاوى الفَضْلِيِّ[1]»: العَيْبُ الذي لا يَثْبُتُ إلا بقولِ الأطبَّاءِ ما لَمْ يتَّفِقْ عَدْلانِ منهم؛ لا يَثْبُتُ العَيْبُ في حقِّ سماعِ الخُصُومةِ، بخلافِ ما لا يطَّلِعُ عليه

---

(١) هو: محمد بن الفضل بن محمد بن جعفر أبو بكر، الفَضْليُّ، البُخارِي الكَمَاريُّ، الفقيه الحنفي. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

....

الرجالُ، حيثُ يَثْبُتُ بقولِ امرأةٍ واحدةٍ في حقِّ سماعِ الخُصُومةِ في بابِ العُيُوبِ من «**شرح أدب القاضي**»[1]، وفي «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»..». إلىٰ هنا لَفْظُ كتابِ «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**».

وقال الشيخُ أبو الْمُعِينِ النَّسَفِيُّ في «شرح الجامع الكبير»: وإنْ كان العَيْبُ خفيًّا لا يَطَّلِعُ عليه إلا الأطبَّاءُ؛ يَثْبُتُ بقولِ عدْلٍ منهم؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿فَسْـَٔلُوٓاْ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ﴾ [النحل: ٤٣]. وهم أهلُ الذِّكْرِ في هذا البابِ، وكذا إنْ كان لا يَطَّلِعُ عليه [٩/٢٤ظ/د] إلا النساءُ؛ يَثْبُتُ بقولِ واحدةٍ منهُنَّ موصوفةٌ بالعدالةِ، والثنتانِ أحْوَطُ، وهذا لأن هذه [٥/١٠٩و/م] الشهادةَ مما لا يُقْضَىٰ به علىٰ الخصْمِ بشيءٍ، والعددُ شُرِعَ غيرَ معقولِ المعنىٰ فيما يَقْطَعُ به الحَكمُ علىٰ الخصْمِ، فلَمْ يتَعَدَّ ما وراءَ مَوْردِ الشَّرْعِ.

فأَمَّا العدالةُ: فلا بُدَّ مِن اشتراطِها؛ لأن بها يَتَرجَّحُ جهةُ الصدْقِ علىٰ جهةِ الكذِبِ.

وقال صاحبُ «التحفة»: «إذا كان العَيْبُ باطنًا لا يَعْرِفُهُ إلا الخواصُّ مِن الناسِ كالأطبَّاءِ والنَّخَّاسِينَ؛ فإنه يُعْرَفُ ذلك ممنْ له بَصارةٌ في ذلك البابِ، فإنِ اجتمَع علىٰ ذلك العَيْبِ رَجُلان مسلمان، أوْ قال ذلك رَجُلٌ مسلمٌ عَدْلٌ؛ فإنه يُقْبَلُ قولُه، ويَثْبُتُ العَيْبُ في حقِّ [٢/٨٩ظ] إثباتِ الخُصُومةِ.

ثم بعدَ هذا يَقُولُ القاضي للبائعِ: هل حدَثَ عندَك هذا العَيْبُ؟ فإنْ قال: نعم؛ قضَىٰ عليه بِالرَّدِّ، وإنْ لَمْ يَكُنْ عليه بَيِّنَةٌ، اسْتُحْلِفَ البائعُ مِن الوجهِ الذي ذكَرْنا، فإنْ حلَفَ لَمْ يُرَدَّ عليه، وإنْ نَكلَ قُضِيَ عليه بِالرَّدِّ إلا أنْ يدَّعِيَ الرِّضا أو الإبراءَ، وإنْ كان العَيْبُ مما لا يَطَّلِعُ عليه الرجالُ، ويَطَّلِعُ عليه النساءُ؛ فإنه يَرْجِعُ إلىٰ قولِ النساءِ، فيُرِي امرأةً مسلمةً عَدْلةً، والثنتانِ أحْوَطُ.

---

(١) ينظر: «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد [٣/٤٨٤].

سَبْعَةَ عَشَرَ سَنَةً فِيهَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَيُعْرَفُ ذَلِكَ بِقَوْلِ الْأَمَةِ، فَتُرَدُّ إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ نُكُولُ الْبَائِعِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ، هُوَ الصَّحِيحُ.

غاية البيان

فإذا شهِدَتْ على العَيْبِ: ففي هذه المسألةِ عن أبي يوسفَ روايتانِ، وكذا عن محمدٍ روايتانِ.

في روايةٍ: فرَقَ أبو يوسفَ بينَ ما إذا كان المَبيعُ في يدِ البائعِ، أو [في][1] يدِ [٩/٢٥و/د] المُشْتَرِي، فقال: فإنْ كان في يدِ البائعِ؛ رُدَّ المَبيعُ بشهادتِهما؛ لأن ما لا يَطَّلِعُ عليه الرجالُ تنزِلُ المرأةُ الواحدةُ فيه بمنزلةِ البَيِّنَةِ، فيَثْبُتُ العَيْبُ بقولِها، والعَيْبُ الموجودُ عندَ البائعِ يُفْسَخُ به البيعُ[2].

وإنْ كان بعدَ القبضِ: أقبَلُ قولَها في إثباتِ الخُصُومةِ، ولا أقْبَلُ في حقِّ الرَّدِّ على البائعِ؛ لأن المَبيعَ دخَل في ضَمانِ المُشْتَرِي، فلا أنقُلُ الضَّمانَ إلى البائعِ بقولِ النساءِ، ولكن أُثْبِتُ حقَّ الخُصُومةِ ليَثْبُتَ الاستحلافُ.

وفي روايةٍ قال: إنْ كان العَيْبُ مما لا يحْدُثُ مِثْلُه؛ يُفْسَخُ بقولِها؛ لأن العَيْبَ قد ثبَتَ بشهادَتِهنَّ، وقد عَلِمنا كونَ العَيْبِ عندَ البائعِ بيقينٍ، فيَثْبُتُ حقُّ الفَسْخِ، وإنْ كان عيبًا يحْدُثُ مِثْلُه لَمْ يَثْبُتْ حقُّ الفَسْخِ بقولِهنَّ.

وَأمَّا عن محمدٍ في روايةٍ قال: لا يُفْسَخُ بقولِهنَّ. وفي روايةٍ: يُفْسَخُ قبْلَ القبضِ وبعْدَه [٥/١٠٩ظ/م] بقولِهن؛ لأن قولَها فيما لا يَطَّلِعُ عليه الرجالُ كَالبَيِّنَةِ»[3].

قولُه: (وَيُعْرَفُ ذَلِكَ)، أي: يُعْرَفُ استمرارُ الحَيْضِ وانقطاعُه.

قولُه: (فَتُرَدُّ إِذَا انْضَمَّ إِلَيْهِ نُكُولُ الْبَائِعِ قَبْلَ الْقَبْضِ وَبَعْدَهُ، هُوَ الصَّحِيحُ)،

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن».

(٢) وقع بالأصل: «به العَيْب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٩٧ ـ ٩٨].

وَإِذَا حَدَثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ، وَاطَّلَعَ عَلَىٰ عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ؛ فَلَهُ

غاية البيان

أي: تُرَدُّ الأَمةُ إذا انضَمَّ إلىٰ قولِها بأنها لا تَحِيضُ ـ أوْ هي مُسْتَحَاضَةٌ ـ امتناعُ البائعِ عن اليَمينِ، وإنما قال: (هُوَ الصَّحِيحُ): احترازًا عمَّا قالوا في «**شروح الجامع الصغير**»، مِن قياسِ قولِ محمَّدٍ في مسألةِ [٩/٢٥ظ/د] البكارةِ: أنها تُرَدُّ بشهادتِهِنَّ من غيرِ يمينِ البائعِ إنْ كان قبلَ القبضِ، فكذا هنا، وقد مَرَّ آنفًا: النِّكاحُ عَيْبٌ في الرَّجُلِ والمرأةِ جميعًا.

وعَلَّل **محمدٌ** في «**الأصل**» بقولِه: «لأن فَرْجَ الجاريةِ عليه حرامٌ إذا كان لها زَوْجٌ، ولأن العبدَ يَلْزَمُهُ نفقةُ المرأةِ»(١).

قال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «وعِدَّةُ الجاريةِ عن طلاقٍ رَجْعِيٍّ عَيْبٌ، وعن البائنِ لا.

إذا اشْتَرَىٰ جاريةً قد ولدَتْ عندَ البائعِ، لا منَ البائعِ، أوْ عندَ آخرَ ولَمْ يَعْلَمِ المُشْتَرِي بذلك وَقْتَ العَقْدِ، هل له أنْ يَرُدَّ؟ فيه روايتانِ:

علىٰ روايةِ «**البيوع**»: لا تُرَدُّ إذا لَمْ [يَكُنْ](٢) بسببِ الولادةِ نُقْصَانٌ ظاهرٌ.

وعلىٰ روايةِ «المضاربة»: تُرَدُّ؛ لأن علىٰ تلكَ الروايةِ: الولادةُ عَيْبٌ لازمٌ؛ لأن التكسُّرَ الذي يحْصُلُ بسببِ الولادةِ لا يَزُولُ أبدًا، وعليه الفتوىٰ: نفْسُ الولادةِ عَيْبٌ في بني آدمَ، وفي البهائمِ: لا».

وكَتَبْنا هذه المسائلَ تكثيرًا للفوائدِ.

قولُه: (وَإِذَا حَدَثَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي عَيْبٌ، وَاطَّلَعَ عَلَىٰ عَيْبٍ كَانَ عِنْدَ الْبَائِعِ؛ فَلَهُ

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٥/١٨٥].

(٢) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق ١١٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

أَنْ يَرْجِعَ بِالنُّقْصَانِ، وَلَا يَرُدُّ الْمَبِيعَ؛ لِأَنَّ فِي الرَّدِّ إِضْرَارًا بِالْبَائِعِ؛.........

غاية البيان

أَنْ يَرْجِعَ بِالنُّقْصَانِ، وَلَا يَرُدُّ الْمَبِيعَ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»، وتمامُه فيه: «إلا أنْ يرضى البائعُ أنْ يَأْخُذَهُ بعَيْبِه» (١).

وقولُه: (وَلَا يَرُدُّ الْمَبِيعَ). برَفعِ الدَّالِ لا غيرَ؛ لفسادِ المعنى على تقديرِ النصْبِ.

وقال مالكٌ: يَرُدُّ الْمُشْتَرِي مَعَ نُقْصَانِ العَيْبِ الذي حدثَ عندَه(٢)، وهي مسألةُ «**المختلف**»(٣).

وقال في «وجيز الشَّفْعَوِيَّةِ(٤)»: «العَيْبُ الحادثُ مانعٌ من الرَّدِّ [٢/٩٠و]، وطريقُ دَفْعِ الظُّلامَةِ: أنْ يضُمَّ أَرْشَ الحادثِ إلى المَبيعِ ويَرُدَّه، أوْ يغْرَمَ البائعُ أَرْشَ العَيْبِ القديمِ، فإنْ تنازَعا في تعْيينِ أحدِ المسلَكَيْن؛ فالأصحُّ أنَّ طالِبَ أَرْشِ القديمِ أَوْلَى بالإجابةِ [٥/١١٠و/م]؛ لأن أَرْشَ العَيْبِ الحادثِ غُرْمٌ دَخِيلٌ لَمْ يَقْتَضِهِ العَقْدُ»(٥). إلى هنا لفْظُ «**وَجِيزهم**».

والأصلُ هنا: أن رَدَّ السِّلْعَةِ [٩/٢٦و/د] بِالعَيْبِ متى تعذَّر - لا بفِعْلٍ وُجِدَ مِن المُشْتَرِي - كان له الرجوعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ إذا لَمْ يَصِلِ إليه عِوَضُه؛ لأنه تعذَّر الرَّدُّ وعُدِمَ رضاه بِالعَيْبِ، وإنما تعذَّر الرَّدُّ؛ لأن شرْطَ الرَّدِّ أنْ يَرُدَّه على البائعِ كما قبَضه

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيُّ» [ص/ ٨٢].

(٢) في هذه المسألة تفصيل في مذهب مالك. ينظر: «التلقين» للقاضي عبد الوهاب [١٥٤/٢]. و«الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٧١٥/٢]. و«الجامع لمسائل المدونة» لابن يونس [٩/١٤]، و«حاشية الدسوقي على الشرح الكبير» [١٢٦/٣].

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٥٤٦/٣].

(٤) **هذه النسبة**: «الشفْعَوِيُّ» اعترَض عليها المؤلفُ فيما مضى مِن «كتاب القنوت في الصلاة»، وأنكَر على المرغينانيِّ استعمالَها، وعبارتُه هناك: «قوله: (بِالشَّفْعَوِيَّةِ). ليس بشيء؛ لأن القياس في النسبة إلى الشَّافِعِيِّ أنْ يُقَال: شافعيٌّ أيضًا؛ كما عُلِمَ في عِلْم التصريف». فكأنه غَبِيَ عليه الأمرُ فلَمْ يستَحْضِرْه هنا!

(٥) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٢٥٥/٤].

. . . .

منه، فإذا ظهَر فيه عَيْبٌ حادثٌ؛ فاتَ شرْطُ الرَّدِّ، فلأجْلِ هذا تعذَّر الرَّدُّ.

وإنما يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ؛ لأن المُشْتَرِيَ لَمْ يَرْضَ بالمعقودِ عليه إلا سليمًا، فلو لَمْ يَكُنْ له حقُّ الرجوعِ بِالنُّقْصَانِ لتضرَّرِ المُشْتَرِي، فراعَيْنا حقَّه بإيجابِ نُقْصَانِ العَيْبِ إلا إذا رَضيَ البائعُ أنْ يَأْخُذَهُ بِالعَيْبِ الحادثِ؛ فله ذلك؛ لأَنَّا إنما قُلنا بتعَذُّرِ الرَّدِّ: لحقِّ البائعِ، فلَمَّا رَضِيَ أسقَطَ حقَّه.

بخلافِ ما إذا كان المَبِيعُ عصيرًا، فتخَمَّر في يدِ المُشْتَرِي، ثم اطَّلَع على عَيْبٍ في العصيرِ قد دلَّسَه البائعُ، وهي مسألةُ «**الجامع الكبير**»[1]، حيثُ لا يَكُونُ للبائعِ أن يَأْخُذَ الخمرَ ويَرُدَّ الثَّمنَ وإنْ وُجِدَ منه الرِّضا بالأخذِ؛ لأن الامتناعَ ثَمَّةَ لحَقِّ الشَّرْعِ؛ لِمَا فيه مِن تمليكِ الخمرِ وتمَلُّكِها، فلا يَرْتَفِعُ بتَراضِي المُتَعَاقِدَينِ كما لو تراضَيا على بَيْعِ الخمرِ، ولكن يَأْخُذُ المُشْتَرِي بِنُقْصَانِ العصيرِ، بأنْ يُقَوَّمَ يومَ الشِّراءِ بلا عَيْبٍ، ويُقَوَّمَ معَ العَيْبِ، ويُنْظَرَ إلى التفاوتِ، فإنْ كان التفاوُتُ بمقدارِ عُشْرِ القِيمةِ؛ يَرْجِعُ بعُشْرِ الثَّمنِ، وإنْ كان أقلَّ أَوْ أكثر فبِقَدْرِه.

وَأَمَّا إذا وصل إليه بدَلُه: لا يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ وإنْ تعذَّر الرَّدُّ، كما إذا قُتِلَ العبدُ عندَ المُشْتَرِي خطأً [٩/٢٦ظ/د]؛ لأنه لَمَّا وصَل إليه البدلُ؛ صار كأنه ملَكَ العبدَ من القاتلِ بما وصَل إليه من البدلِ، فلو باع ثم اطَّلَع على عَيْبٍ؛ لَمْ يَكُنْ له حقُّ الرجوعِ بِنُقْصَانِ العَيْبِ، فكذا هذا وجْهُ قولِ مالكٍ رضي الله عنه: أن فيه رعايةَ الحَقَّيْنِ.

قلنا: يَلْزَمُ الضَّرَرُ على البائعِ فلا يَجُوزُ؛ لأنه خرَج مِن مِلْكِه بعَيْبٍ واحدٍ لا بعيبينِ، فلا يَكُونُ الرَّدُّ كما قبض منه.

وَلَا يُقَالُ: الأوصافُ لا يُقابلُها شيءٌ مِن الثَّمنِ، فكيفَ وجَب شيءٌ لفَوَاتِ

---

(١) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/ ٢١٦ - ٢١٧].

لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ سَالِمًا، وَيَعُودُ مَعِيبًا فَامْتَنَعَ، وَلَا بُدَّ مِنْ دَفْعِ الضَّرَرِ عَنْهُ فَتَعَيَّنَ الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ إِلَّا أَنْ يَرْضَى الْبَائِعُ أَنْ يَأْخُذَهُ بِعَيْبِهِ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِالضَّرَرِ.

وَمَنِ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ، فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا؛ رَجَعَ بِالْعَيْبِ؛ لِأَنَّهُ امْتَنَعَ الرَّدُّ بِالْقَطْعِ فَإِنَّهُ عَيْبٌ حَادِثٌ.

غاية البيان

وَصْفِ [٥/١١٠ظ/م] السَّلَامةِ؟

لِأَنَّا نَقُولُ: نعم. لا يُقابِلُها إلا إذا صارَتْ مقصودةً بالتناوُلِ حُكْمًا ضرورة جَبْرِ حقِّ المُشْتَرِي، كما لو صارَتْ مقصودةً بالإتلافِ، حيثُ يَكُونُ لها حِصَّةٌ من الثَّمنِ، ويَسْقُطُ حِصَّتُها من الثَّمنِ، فكذا هذا.

وَأَمَّا إذا امتنَع الرَّدُّ بفِعْلٍ مَضْمُونٍ مِن قِبَلِ المُشْتَرِي؛ فليس له حقُّ الرجوعِ، نحوُ: البَيْعِ، والهِبةِ، والصَّدَقَةِ، والقتلِ، والْإِعْتَاقِ على مالٍ، والكِتَابةِ؛ لوجودِ الرضا بِالعَيْبِ دلالةً.

قولُه: (خَرَجَ عَنْ مِلْكِهِ سَالِمًا، وَيَعُودُ مَعِيبًا)، أي: خرَج المَبِيعُ عن مِلْكِ البائعِ سالمًا عن العَيْبِ الحادثِ، ويَعُودُ إلى البائعِ مَعِيبًا بِالعَيْبِ الحادثِ.

قولُه: (عَنْهُ)، أي: عن البائعِ.

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ، فَوَجَدَ بِهِ عَيْبًا؛ رَجَعَ بِالْعَيْبِ)، وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**» المعادةِ.

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: في الرَّجُلِ يَشْتَرِي الثَّوْبَ فيقْطَعُه قميصًا ولَمْ [٢/٩٠ظ] يَخِطْه، ثم وجَد به عيبًا، قال: للمُشْتَرِي أَنْ يَرْجِعَ بِالعَيْبِ على البائعِ، فإنْ قال البائعُ: أنا أقبَلُ الثَّوْبَ؛ كان له ذلك، فإنْ كان المُشْتَرِي صبَغَه أحمرَ، ثم وجَدَ به عيبًا؛ رجَع بالبَيْعِ على البائعِ، فإنْ قال البائعُ:

فَإِن قَالَ الْبَائِعُ: أَنَا أَقْبَلُهُ كَذَلِكَ كَانَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّهِ، وَقَدْ رَضِيَ بِهِ.

غاية البيان

أنا أقْبَلُه؛ فليس له ذلك أبدًا، وإذا باعَه المُشْتَرِي بعدما صبَغَه أحمرَ، وقد رأىٰ به العَيْبَ؛ فإنه يَرْجِعُ ما بينَ العَيْبِ [٩/٢٧و/د] والصحَّةِ، وإنْ كان قطعه قميصًا ولَمْ يَخِطْه، ثم وَجَد به عيبًا، ثم باعه؛ لَمْ يَرْجِعْ بشيءٍ»(١). إلىٰ هنا لفْظُ أصلِ «**الجامع الصغير**».

اعلم: أن قَطْعَ المُشْتَرِي الثَّوْبَ عَيْبٌ حادثٌ فيه، فيمْتَنِعُ الرَّدُّ به، فلَمَّا امتنَع الرَّدُّ؛ رجَع المُشْتَرِي بِنُقْصَان العَيْبِ القديمِ جَبْرًا لِحَقِّه؛ لأن حقَّه كان في التَّسْلِيم، وقد فات السَّلَامَةَ، فلو قَبِلَ البائعُ بعَيْبِ القطعِ؛ فله ذلك؛ لأن امتناعَ الرَّدِّ كان لحقِّه حتَّىٰ لا يَلْحَقَهُ ضررُ العَيْبِ الحادثِ، وقد أسقَط حقَّه لَمَّا رَضِيَ بالقطْعِ.

فلو باعَه المُشْتَرِي بعدَ العلمِ بِالعَيْبِ أوْ قَبْلَه؛ ليس له أنْ يَرْجِعَ بِنُقْصَانِ العَيْبِ؛ لأن المُشْتَرِيَ حبَسَ المَبِيعَ عن البائعِ لَمَّا باعه؛ إذْ كان للبائعِ أن يَقُولَ: أنا أقبَلُ المَبِيعَ كذلك، فلَمَّا باعَه منَعه مِن الرَّدِّ، وهو الحقُّ الأصليُّ، فلَمَّا [٥/١١١و/م] بَطَلَ الحقُّ الأصليُّ؛ بَطَلَ البدلُ، وهو الرجوعُ بِالنُّقْصَانِ.

بخلافِ ما إذا باعَه بعدَ الخياطةِ، حيثُ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ، سواءٌ عَلِم بِالعَيْبِ يومَ البَيْعِ أوْ بعْدَه؛ لأن امتناعَ الرَّدِّ ليس لحقِّ البائعِ، بل لحقِّ الشَّرْعِ، لحصولِ الزِّيادةِ فيه بِالخياطةِ، فكان الرَّدُّ ممتنِعًا قبْلَ البَيْعِ بِالخِياطَةِ لا بالبَيْعِ، فلَمْ يَكُنِ المُشْتَرِي بالبَيْعِ حابِسًا، وصار وجودُ البَيْعِ وعدمُه سواءً، وهذا لأنه لو رُدَّ بعدَ الزِّيادةِ لا يخلو مِن أحدِ الأمرَيْن: إمَّا أنْ يُفْسَخَ العَقْدُ في الأصلِ، وهو الثَّوْبُ معَ الزِّيادةِ، أوْ يُفْسَخُ فيه، لا معَ الزِّيادةِ.

[٩/٢٧ظ/د] فلا يَجُوزُ الأوَّلُ؛ لأن الزِّيادةَ لَمْ يَرِدْ عليها البَيْعُ، ولا فَسْخَ فيما لَمْ يَقَعْ عليه العَقْدُ، ولا يَجُوزُ الثاني؛ لعدمِ انفكاكِ الزِّيادةِ عن الأصلِ، فامتنَع الرَّدُّ أصلًا.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٥١ ـ ٣٥٢].

فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ غَيْرُ مُمْتَنِعٍ بِرِضَا الْبَائِعِ فَيَصِيرُ هُوَ بِالْبَيْعِ حَابِسًا الْمَبِيعَ فَلَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ.

فَإِنْ قَطَعَ الثَّوْبَ وَخَاطَهُ أَوْ صَبَغَهُ أَحْمَرَ، أَوْ لَتَّ السَّوِيقَ بِسَمْنٍ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَىٰ عَيْبٍ؛ رَجَعَ بِنُقْصَانِهِ.

غاية البيان

وكذا الحُكْمُ فيما إذا صَبَغه أحمرَ، أوْ لَتَّ السَّوِيقَ بِسَمْنٍ ثم باعَه؛ فله أنْ يَرْجِعَ بِالنُّقْصَانِ؛ لأن الصَّبْغَ أو السَّمْنَ زيادةٌ لَمْ يَتَنَاوَلْهَا البَيْعُ، فلَمْ يَصِحَّ الفَسْخُ فيها، وقد تعذَّر فَصْلُها عن الأصلِ، فبطَلَ الفَسْخُ حقًّا للشَّرْعِ، ولهذا لَمْ يَكُنْ للبائعِ أنْ يأخُذَه بالزِّيادةِ.

أَلَا تَرَىٰ إلىٰ ما قال في «شرحِ الطَّحَاوِيِّ»: إنهما لو تراضَيا علىٰ الرَّدِّ؛ فالقاضي لا يَقْضِي بِالرَّدِّ، وكذلك الحُكْمُ فيما كان المَبِيعُ حِنْطَةً فطَحَنها، أوْ كان لحمًا فشَوَاه، أوْ كان دقيقًا فخَبَزه ثم باعه؛ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ؛ لأن المُشْتَرِيَ ليس بحابِسٍ لِلمَبيعِ، بل امتنَع الرَّدُّ قبْلَ البَيْعِ لحقِّ الشَّرْعِ.

وهذا بخلافِ الزِّيادةِ المتَّصِلَةِ المتولِّدةِ من الأصلِ عندَ محمَّدٍ رَحِمَهُ اللَّهُ؛ لأنه تابعٌ للأصلِ، فلَمْ يَمْنَعِ الفَسْخَ.

وتفسيرُ نُقْصَانِ العَيْبِ مَرَّ في المسألةِ المتقدمةِ، وهو أنْ يُقَوَّمَ يومَ الشِّرَاءِ بلا عَيْبٍ، ومعَ عَيْبٍ، فما نقَص مِن القِيمةِ بِالعَيْبِ؛ ينقصُ ذلك القَدْرُ مِن الثَّمنِ.

وإنما قَيَّدَ في «**الجامع الصغير**» بالأحمرِ؛ لتكونَ الزِّيادةُ في المَبيعِ بالاتِّفاقِ؛ لأن السَّوادَ نُقْصَانٌ عندَ أبي حنيفةَ، أمَّا عندَهما: فالسَّوادُ زيادةٌ كالحُمْرةِ.

قولُه: (فَإِنْ قَطَعَ الثَّوْبَ وَخَاطَهُ أَوْ صَبَغَهُ أَحْمَرَ، أَوْ لَتَّ السَّوِيقَ بِسَمْنٍ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَىٰ عَيْبٍ؛ رَجَعَ بِنُقْصَانِهِ). هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**» [٩/٢٨و/د]،

لِامْتِنَاعِ الرَّدِّ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ إِلَى الْفَسْخِ فِي الْأَصْلِ بِدُونِهَا؛ لِأَنَّها لَا تَنْفَكُّ عَنْهُ، وَلَا [١٠/و] وَجْهَ إِلَيْهِ مَعَهَا؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ لَيْسَتْ بِمَبِيعَةٍ فَامْتَنَعَ أَصْلًا.

وَلَيْسَ لِلْبَائِعِ أَنْ يَأْخُذَهُ؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ لِحَقِّ الشَّرْعِ لَا لِحَقِّهِ.

فَإِنْ بَاعَهُ الْمُشْتَرِي بَعْدَمَا رَأَى الْعَيْبَ رَجَعَ بِالنُّقْصَانِ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ مُمْتَنِعٌ أَصْلًا قَبْلَهُ فَلَا يَكُونُ بِالْبَيْعِ حَابِسًا لِلْمَبِيعِ. وَعَنْ هَذَا قُلْنَا: إِنَّ مَنِ اشْتَرَى ثَوْبًا

غاية البيان

وتمامُه فيه: «وليس للبائعِ أنْ يَأْخُذَهُ»[1]. وقد [٥/١١١ظ/م] مَرَّ البيانُ آنفًا.

قولُه: (فِي الْأَصْلِ بِدُونِها)، أي: في الثَّوْبِ أو السَّويقِ بدونِ الزِّيادةِ.

قولُه: (لِأَنَّها لَا تَنْفَكُّ عَنْهُ)، أي: لأن الزِّيادةَ لا [٢/٩١و] تنفكُّ عن الأصلِ.

يُقالُ: لَتَّ السَّويقَ؛ أي: جَدَحَهُ[2].

قولُه: (لَا لِحَقِّهِ)، أي: لا لحقِّ البائعِ.

قولُه: (وَعَنْ هَذَا قُلْنَا)، أي: عن هذا الوجهِ الذي ذكرْناه، وهو أن المُشْتَرِيَ إذا كان حابِسًا للمبيعِ لا يَرْجِعُ بنُقْصانِ العَيْبِ. (قُلْنَا: إِنَّ مَنِ اشْتَرَى ثَوْبًا فَقَطَعَهُ لِبَاسًا لِوَلَدِهِ الصَّغِيرِ فَخَاطَهُ، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَى عَيْبٍ لَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ)؛ لأنه بالقطعِ للصغيرِ صار واهبًا للثَّوْبِ له مُسَلِّمًا إليه، وصار الأبُ قابضًا عنه، وحقُّ الرَّدِّ ـ الذي هو الحقُّ الأصليُّ ـ صار باطلًا بالقطعِ، فبَطَلَ البدلُ، وهو الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ؛ لأنه صار حابِسًا للمبيعِ.

بخلافِ ما إذا كان الولدُ كبيرًا، حيثُ يَكُونُ له الرُّجُوعُ بِالنُّقْصانِ؛ لأنه بمجرَّدِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٨٢].

(٢) يقال: جَدَحَ الشيءَ تَجْديحًا؛ إذا خَلَطَه. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٦/٣٣٥/مادة: جدح].

فَقَطَعَهُ لِبَاسًا لِوَلَدِهِ الصَّغِيرِ، وَخَاطَهُ ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَىٰ عَيْبٍ لَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ، وَلَوْ كَانَ الْوَلَدُ كَبِيرًا يَرْجِعُ؛ لِأَنَّ التَّمْلِيكَ حَصَلَ فِي الْأَوَّلِ قَبْلَ الْخِيَاطَةِ، وَفِي الثَّانِي بَعْدَهَا بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ.

وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ، أَوْ مَاتَ عِنْدَهُ، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَىٰ عَيْبٍ؛ رَجَعَ بِنُقْصَانِهِ أَمَّا الْمَوْتُ؛ فَلِأَنَّ الْمِلْكَ يَنْتَهِي بِهِ، وَالِامْتِنَاعُ حُكْمِيٌّ لَا بِفِعْلِهِ، وَأَمَّا الْإِعْتَاقُ

غاية البيان

القطعِ لا يكونُ مُسَلَّمًا إليه، لأن الأبَ لا يُعْتَبَرُ قابضًا عن ولدِه الكبيرِ، فَلَمَّا خاطه خاطَه علىٰ مِلْكِ نفسِه، فامتنَع الرَّدُّ بِالخِياطَةِ حقًّا للشَّرْعِ لا بالهبةِ، والتَّسْلِيمُ بعدَ الخِياطةِ، وصار وجودُ الهِبةِ والتَّسْلِيمِ وعدمُهما سواءٌ، فرجَع بِالنُّقْصَانِ؛ لأنه لَمْ يَكُنْ حابسًا للمبيعِ.

وهذا معنىٰ قولِه: (لِأَنَّ التَّسْلِيمَ حَصَلَ فِي الْأَوَّلِ)، أي: فيما إذا قطعَه لباسًا لولدِه الصغيرِ قبْلَ الخياطةِ، (وَفِي الثَّانِي)، أي: فيما إذا قطعَه لباسًا لولدِه الكبيرِ، (بَعْدَهَا)، أي: بعدَ الخياطةِ، فافهَم.

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ، أَوْ مَاتَ عِنْدَهُ، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَىٰ [٩/٢٨ظ/د] عَيْبٍ؛ رَجَعَ بِنُقْصَانِهِ). هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1].

ولفْظُ محمدٍ في «الجامع الصغير»: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: فيمنِ اشْتَرَىٰ عبدًا فأعتقه علىٰ مالٍ، ثم وجَدَ به عيبًا، قال: يَرْجِعُ علىٰ بائعِه»[2]. وهذه مِن الخواصِّ.

أَمَّا الموتُ: فإنما وجَبَ فيه الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ؛ لأن رَدَّ المبيعِ متىٰ امتنَع من طريقِ الحُكْمِ - لا بفِعْلِ البائعِ - يَجِبُ الرُّجُوعُ، وهنا امتنَع الرَّدُّ حُكْمًا؛ لانتهاءِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨٢].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٥٣].

فالقياس فِيهِ أَلَّا يَرْجِعَ ؛ لِأَنَّ الِامْتِنَاعَ بِفِعْلِهِ فَصَارَ كَالْقَتْلِ ، وَفِي الِاسْتِحْسَانِ يَرْجِعُ ؛ لِأَنَّ الْعِتْقَ إِنْهَاءُ الْمِلْكِ ؛ لِأَنَّ الْآدَمِيَّ مَا خُلِقَ فِي الْأَصْلِ مَحِلًّا لِلْمِلْكِ ،

غاية البيان

المِلْكِ بالموتِ ، أَلَا تَرَىٰ أنه لا يُتصَوَّرُ نقْلُ المِلْكِ في الهالكِ.

وأَمَّا الْإِعْتَاقُ بلا مالٍ: فالقياسُ أَلَّا يَرْجِعَ بِنُقْصَانِ العَيْبِ ، وهو قولُ زُفَر. كذا ذكَر [٥/١١٢و/م] قاضي خان ، وهو قولُ الشَّافعيِّ أيضًا رضي الله عنه[1]. كذا نُقِلَ قولُه في «**شروح الجامع الصغير**» ؛ لأنه حَبَسَ المبيعَ بفِعْلِه ، فصار كَالْإِعْتاقِ علىٰ مالٍ وكالقتلِ.

وفي الاستحسانِ: يَرْجِعُ ؛ لأن الْإِعْتَاقَ إنهاءُ المِلْكِ ، والشيءُ بانتهائِه يتقرَّرُ ، فإذا ثبَتَ الانتهاءُ ؛ لَمْ يُتصَوَّرِ الحبْسُ حالَ التَّنَاهِي ، فيُجْعَلُ كأن المِلْكَ باقٍ ، وهو قد استفادَه بصفةِ السَّلَامةِ ، ولَمْ تُوجَدْ ، فيَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ ، كما لوِ انتهىٰ المِلْكُ بالموتِ تبعًا لانتهاءِ الحياةِ ، وسقَطَ فِعْلُ المُشْتَرِي لَمَّا كان لا انتهاءَ إلا به.

بيانُه: أن الإنسانَ لَمْ يُخْلَقْ للتملُّكِ ، وإنما وقَع المِلْكُ فيه بعارضِ الكُفْرِ ؛ أَعْنِي: أنه وقَع جزاءً للكُفْرِ الأصليِّ ، فلَمَّا لَمْ يَكُنْ تخليْقُه للتملُّكِ ؛ لَمْ يَكُنِ المِلْكُ فيه أمرًا ذاتيًّا ، بل هو مُؤَقَّتٌ إلىٰ غايةِ الْإِعْتَاقِ ، فإذا وُجِدَ الْإِعْتَاقُ ؛ فقدِ انتَهىٰ المِلْكُ ، فصار كانتهائِه بالموتِ.

بخلافِ البَيْعِ ، فإنه قاطعٌ لمِلْكِ البائعِ إلىٰ غيرِه ، لا مُنْهٍ للمِلْكِ في العبدِ ، ولهذا مَلَكه المُشْتَرِي ، فصار البائعُ كالمُسْتَبْقِي لمِلْكِه ، فلَمْ يَرْجِعْ بِالنُّقْصَانِ ، وحُكْمُ

---

(١) مذهب الشافعي: أنه إذا هلَك المَبِيع في يد المشتري ، بأنْ مات العبد أوْ قُتِلَ ، أوْ خرَج المَبِيعُ عن أن يقْبَل النقلَ ، بأنْ أُعْتِقَ العبدُ ، ثم عَلِم المشتري كونه مَعِيبًا ، فقد تعذَّر الردّ ، لفَوَات المردود ، لكن يَرْجع علىٰ البائع بالأَرْش ، والأَرْشُ جُزْء مِن الثمن ، ولو اشترىٰ عبدًا بشَرْط العتق ، ثم وجَد به عيبًا بعدَما أعتَقه: نقلَ ابنُ كَجٍّ عن ابن القطان: أنه لا أَرْشَ له هنا. ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٣/٤٧٥] ، و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٤/٢٤٧].

وَإِنَّمَا ثَبَتَ الْمِلْكُ فِيهِ مُوقَّتًا إِلَى الْإِعْتَاقِ، فَكَانَ إِنْهَاءً فَصَارَ كَالْمَوْتِ،

التَّدْبِيرِ والاستيلادِ كَالْإِعْتَاقِ [٩/٢٩و/د]؛ لأن امتناعَ الرَّدِّ حُكْمِيٌّ؛ أَعْنِي: أن الرَّدَّ امتنَع بحُكْمِ الشَّرْعِ، لا بفِعْلِ المُشْتَرِي.

وأَمَّا الإِعْتَاقُ على مالٍ: فإنه كَالبَيْعِ؛ لأنه لَمَّا أخذَ العِوَضَ؛ بَطَلَ حُكْمُ الانتهاءِ، فبَطَلَ الرُّجُوعُ.

ونقَل الفقيهُ أبو الليثِ في شرْحِه لـ«**الجامع الصغير**» عن «**الأمالي**» قال [٢/٩١ظ]: «إذا اشْتَرَىٰ عبدًا فأعتقه علىٰ مالٍ، أَوْ كاتَبَهُ، أَوْ قتَله، ثم وجَد به عيبًا؛ لا يَرْجِعُ بشيءٍ في قولِ أبي حنيفةَ ﵁، وفي قولِ أبي يوسفَ ﵀: يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ».

ثم اعلم: أن الأصلَ امتناعُ الرَّدِّ مِن جهةِ المُشْتَرِي، إذا كان بفِعْلٍ مَضْمُونٍ يُبْطِلُ حَقَّه في الرُّجُوعِ بِنُقْصَانِ العَيْبِ، نحوُ التَّمْلِيكَاتِ منَ البَيْعِ، والهِبَةِ، والصَّدَقَةِ وما أشبَه ذلك، وكذلك لو قتلَه، أَوْ أعتقَه بمالٍ، أَوْ كاتَبه، وامتناعُ الرَّدِّ مِن جهةِ المُشْتَرِي ـ لا بفِعْلٍ مَضْمُونٍ كما إذا أعتَقه بلا مالٍ ـ لا يُبْطِلُ حَقَّ الرُّجُوعِ بِالنُّقْصَانِ؛ لأَنَّ العِتْقَ ليس بمَضْمُونٍ؛ بدليلِ أن الشَّرِيكَ المُعْسِرَ إذا أعتَق لَمْ يَضْمَنْ.

وكذلك إذا دَبَّر العبدَ، أو اسْتَوْلَدَ الأَمَةَ، ثم اطَّلَع علىٰ عَيْبٍ؛ له أَنْ يَرْجِعَ بِالنُّقْصَانِ [٥/١١٢ظ/م]؛ لأن امتناعَ الرَّدِّ: من جهةِ الشَّرْعِ، ولأنه ليس بمَضْمُونٍ، وامتناعُ الرَّدِّ إذا لَمْ يَكُنْ من جهةِ المُشْتَرِي؛ لا يُبْطِلُ حقَّ الرُّجُوعِ، كما إذا هلَك المَبِيعُ بآفةٍ سماويَّةٍ، أو انتُقِصَ، أو ازداد زيادةً مانعةً للرَّدِّ والفَسْخِ، كما إذا قطَع ثوبًا وخاطَه، أَوْ طحَن حِنْطَةً، أَوْ شوَىٰ لحمًا، أَوْ خبَزَ دقيقًا، وهذا لأن في النُّقْصَانِ امتنَع الرَّدُّ لحَقِّ البائعِ، ولهذا لو قَبِلَ كذلك جاز، وفي الزِّيادةِ امتنَع حقًّا للشَّرْعِ، ولهذا ليس للبائعِ أَنْ يَأْخُذَهُ [٩/٢٩ظ/د] إذا تراضَيا علىٰ الرَّدِّ. هذا حاصلُ ما قال الشيخُ الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**».

وَهَذَا لِأَنَّ الشَّيْءَ يَتَقَرَّرُ بِانْتِهَائِهِ فَيُجْعَلُ كَأَنَّ الْمِلْكَ بَاقٍ وَالرَّدُّ مُتَعَذِّرٌ.

وَالتَّدْبِيرُ وَالِاسْتِيلَادُ بِمَنْزِلَتِهِ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ النَّقْلُ مَعَ بَقَاءِ الْمَحِلِّ بِالْأَمْرِ الْحُكْمِيِّ.

وَإِنْ أَعْتَقَهُ عَلَى مَالٍ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ؛ لِأَنَّهُ حَبَسَ بَدَلَهُ وَحَبْسُ الْبَدَلِ كَحَبْسِ الْمُبْدَلِ. وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ إِنْهَاءٌ لِلْمِلْكِ وَإِنْ كَانَ بِعِوَضٍ.

فَإِنْ قَتَلَ الْمُشْتَرِي الْعَبْدَ، أَوْ كَانَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ؛ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَمَّا الْقَتْلُ فَالْمَذْكُورُ ظَاهِرُ الرِّوَايَةِ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَرْجِعُ؛ ......

غاية البيان

قولُه: (وَهَذَا لِأَنَّ الشَّيْءَ يَتَقَرَّرُ بِانْتِهَائِهِ). إشارةٌ إلى قولِه: (وَفِي الِاسْتِحْسَانِ: يَرْجِعُ). وبيانُه مَرَّ آنفًا.

قولُه: (بِالْأَمْرِ الْحُكْمِيِّ)، يَعْنِي: لا بفِعْلِ[1] المُشْتَرِي، وقد مَرَّ بيانُه أيضًا.

قولُه: (فَإِنْ قَتَلَ الْمُشْتَرِي الْعَبْدَ، أَوْ كَانَ طَعَامًا فَأَكَلَهُ؛ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ عِنْدَ أَبِي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ). وهذه من مسائلِ القُدُورِيِّ[2] رَحِمَهُ اللهُ.

اعلم: أن المُشْتَرِيَ إذا قتَل العبدَ، أوْ أكَل الطعامَ، ثم اطَّلَع على عَيْبٍ؛ لَمْ يَرْجِعْ بِنُقْصَانِ العَيْبِ عندَ أبي حنيفةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ. وقالا: يَرْجِعُ في الأكلِ، وهو قولُ الشَّافعيِّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ[3].

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ: أن القتلَ لا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ أيضًا؛ لأن قتْلَ المولَى عبْدَه لا يَتَعَلَّقُ به حُكْمٌ مِن أحكامِ الدنيا، فصار كموتِه حَتْفَ أنْفِه، ولو مات لا

(١) وقع بالأصل: «لا يفعل». والمثبت من: «م».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨٢].

(٣) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٥١/٣]. و«روضة الطالبين» للنووي [٤٧٤/٣]، و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٢٤٥/٤].

....

يَمْنَعُ الرُّجُوعُ، فكذا القتلُ. روَىٰ هذه الروايةَ عن أبي يوسفَ: أصحابُ «الإملاء». كذا قال الطَّحَاوِيُّ في «مختصره»[1].

وَجْهُ ظاهرِ الروايةِ: أن القتلَ لا يُوجَدُ إلا مَضْمُونًا؛ لقوله ﷺ: «لَيْسَ فِي الْإِسْلَامِ دَمٌ مُفْرَجٌ[2]»[3]؛ أي: مهدورٌ، وإنما سقَط الضَّمانُ عن المولىٰ: بسببِ المِلْكِ، وامتناعُ الرَّدِّ إذا كان بِفِعْلٍ مَضْمُونٍ علىٰ المُشْتَرِي؛ يَبْطُلُ الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ كَالبَيْعِ، ولأنه لَمَّا سقَط الضَّمانُ بِالمِلْكِ؛ صار كالمستفيدِ به عِوَضًا، وهو سلامةُ النفسِ للمُشْتَرِي.

فلو باع المُشْتَرِي العبدَ، ثم اطَّلَع علىٰ عَيْبٍ؛ لا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ؛ لأن حَبْس البدَلِ كحَبْسِ المُبْدَلِ، فكذا في القتلِ؛ لأنه صار كأنه حبَسَ بدلَه، ولا يُشْبِه القتلُ الإعتاقَ بلا مالٍ [٥/١١٣و/م]؛ لأنه فعلٌ ليس بمَضْمُونٍ علىٰ المُشْتَرِي؛ لأنه إنهاءٌ للمِلْكِ كالموتِ.

أَلَا تَرَىٰ أنه لو أعتقَ عبْدَ غيرِه لا يَضْمَنُ [٩/٣٠و/د]؛ لعدمِ نفاذِ العِتقِ، والشَّرِيكُ المُعْسِرُ إذا أعتَقَ نصيبَه؛ لا ضَمانَ عليه.

فَعُلِمَ: أن الْإِعْتَاقَ لا يَقْتَضِي الضَّمانَ لا محالةَ، ولَا نُسَلِّمُ أن قتْلَ المولىٰ لا يَتعَلَّقُ به حُكْمٌ مِن أحكامِ الدنيا، أَلَا تَرَىٰ أنه يَجِبُ عليه الكفَّارةُ لو كان خَطَاءً[4].

وأَمَّا الأكلُ: فقال أبو حنيفةَ: إذا اطَّلَع علىٰ عَيْبٍ بعْدَه؛ لا شيءَ له علىٰ البائعِ.

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ٨٠].

(٢) المُفْرَج: الذي لا عَشِيرة له. وقيل: هو المُثْقَل بحَقِّ دِيَة أَوْ فِدَاءٍ أَوْ غُرْم، ويُرْوَىٰ بالحاء المهملة. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) الخَطَاء: لغة مشهورة في الخطأ. أو الخطأُ هو المصدرُ، والخَطَاءُ هو الاسم. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [١/١٤٦/مادة: خطأ].

. . . .

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: يَرْجع عليه بنُقْصَانِ [٢/٩٢و] العَيْبِ، وأخذ الطَّحَاوِيُّ في «مختصره»[1] بقولِهما، وكذا الخلافُ فيما إذا اشْتَرىٰ ثوبًا فلَبِسه فتمزَّق، ثم اطَّلَع علىٰ عَيْبٍ عندَ البائع؛ فعندَ أبي حنيفةَ: ليس له الرُّجُوعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ خلافًا لهما، وأجمعوا [علىٰ][2] أنه لو أتلَف الطعامَ، أو الثَّوْبَ بسببٍ آخَر؛ ليس له حقُّ الرُّجُوعِ. كذا في «شرح الطَّحَاويِّ».

وَجْهُ قولِهما: أن الأكْلَ تصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ يُقْصَدُ المَبِيعُ لأجْلِه، وكذا اللُّبْسُ تصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ، يُقْصَدُ المَبِيعُ لأجْلِه، فلَمْ يُعَدَّ إتلافًا؛ لأنه استعمالُ العينِ لِمَا طُلِبَ فيه بأصْلِ التخليقِ، فيقَعُ الهلاكُ علىٰ مِلْكِه، ولا يَكُونُ كالزائلِ، فلا يَمْنَعُ الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ كَالْإِعْتَاقِ، بخلافِ القتلِ.

ووَجْهُ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه: أن الرَّدَّ امتنَع بفِعْلٍ مَضْمُونٍ علىٰ المُشْتَرِي؛ لأن الأكْلَ واللبْسَ إذا وقَع في غيرِ مِلْكِه؛ يُوجِبُ الضَّمانَ، وإنما سقَط الضَّمانُ هنا والبراءةُ عنه بسببِ المِلْكِ، فصار كالمستفيدِ عِوَضًا، فلَمْ يَجِبِ الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ؛ لأن الرَّدَّ إذا امتنَع بفِعْلٍ مَضْمُونٍ؛ لا يُوجِبُ الرُّجُوعَ، فصار كَالبَيْعِ والقتلِ.

أو نقولُ: إن الأكْلَ واللُّبْسَ معَ التمزُّقِ إتلافٌ [٩/٣٠ظ/د] للمبيعِ، فيَمْنَعُ الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ كالتخْرِيقِ والقتلِ، بخلافِ الْإِعْتَاقِ؛ فإنه ليس بإتلافٍ، بل هو إنهاءٌ للمِلْكِ، فلَمْ يَمْنَعِ الرُّجُوعُ بِالعَيْبِ.

بيانُه: أن الأكْلَ واللُّبْسَ المُفْضِي إلىٰ التمزُّقِ يُوجِبُ الضَّمانَ لولا المِلْكُ، وإنما سقَط الضَّمانُ بِالمِلْكِ، فصار سقوطُ الضَّمانِ كالبدلِ الحاصلِ له، فأشبَه البَيْعَ، فلَمْ يَجِبِ الرُّجُوعُ بِالنُّقْصَانِ، كما لو أمسَكه ولَمْ يَرُدَّه، والْإِعْتَاقُ لا تصَوُّرَ

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ٨٠].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن».

....

[٥/١١٣ظ/م] له بدونِ المِلْكِ، فلا يَكُونُ مُوجبًا للضَّمانِ.

ولا يُمْكِنُ أنْ يُقالَ: إنه بسببِ المِلْكِ صار مُخَلِّصًا نفْسَه عن الضَّمانِ.

وقولهُما: «إنه تصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ يُقْصَدُ المَبِيعُ لأجْلِه»، لا أثَر له؛ لانتقاضِه بالبَيْعِ؛ لأنه تصَرُّفٌ مَشْرُوعٌ قد يُقْصَدُ بِالشِّرَاءِ، ومع هذا يَمْنَعُ البَيْعُ الرُّجُوعَ بِالنُّقْصَانِ.

ولو أكَل بعضَ الطعامِ، ثم عَلِمَ بِالعَيْبِ؛ لَمْ يَرُدَّ ما بقِيَ، ولَمْ يَرْجِعْ بشيءٍ منَ النُّقْصَانِ في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأن الطعامَ شيءٌ واحدٌ؛ كالعبدِ الواحدِ تعذَّر الرَّدُّ في بعْضِه بمعنًى مِن قِبَلِه، فبَطَلَ الحقُّ في الكُلِّ. كذا في «**الإيضاح**»(١).

وقال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «اختَلفوا فيه على ثلاثةِ أقوالٍ: رُوِيَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه أنه قال: بَطَلَ حقُّه مِن الرَّدِّ ومنَ الرُّجُوعِ بحصَّةِ العَيْبِ، كما لو باع بعْضَه، ولو باع بعضَه؛ بَطَلَ حقُّه في الرُّجُوعِ بِنُقْصَانِ العَيْبِ، إلا في قولِ زُفرَ؛ فإنه يَرْجعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ في الباقِي، إلا أنْ يَرْضَى البائعُ أن يَأْخُذَ الباقيَ بحِصَّتِه منَ الثَّمنِ.

ورُوِيَ عن أبي يوسفَ رحمه الله **أنه قال:** يَرْجعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ فيما أكَل، وفيما لَمْ يَأْكُلْ، إلا أنْ يَرْضَى البائعُ أنْ يأخُذَ الباقيَ بحِصَّتِه مِن الثَّمنِ.

ورُوِيَ عن محمدٍ رحمه الله [٩/٣١و/د] **أنه قال:** يَرْجعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ فيما أكَل، ويَرُدُّ البَاقِيَ، وليس للبائعِ أن يَمْتَنِعَ من ذلك، وكان الفقيهُ أبو جعفرٍ يُفْتِي بقولِ محمَّدٍ، وهو اختيارُ الفقيهِ أبي الليث»(٢). إلى هنا لفْظُ «**شرح الطَّحَاوِيِّ**».

---

(١) ينظر: «الإيضاح» للكرماني [ق/ ٦٠].

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ٨٠].

لِأَنَّ قَتْلَ الْمَوْلَىٰ عَبْدَهُ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ حُكْمٌ دُنْيَاوِيٌّ فَصَارَ كَالْمَوْتِ حَتْفَ أَنْفِهِ فَيَكُونُ إِنْهَاءً.

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ الْقَتْلَ لَا يُوجَدُ إِلَّا مَضْمُونًا، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الضَّمَانُ هُنَا بِاعْتِبَارِ الْمِلْكِ فَيَصِيرُ كَالْمُسْتَفِيدِ بِهِ عِوَضًا، بِخِلَافِ الْإِعْتَاقِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الضَّمَانَ لَا مَحَالَةَ كَإِعْتَاقِ الْمُعْسِرِ عَبْدًا مُشْتَرَكًا، وَأَمَّا الْأَكْلُ: فَعَلَىٰ الْخِلَافِ، عِنْدَهُمَا: يَرْجِعُ وَعِنْدَهُ لَا يَرْجِعُ؛ اسْتِحْسَانًا، وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ إِذَا لَبِسَ الثَّوْبَ حَتَّىٰ تَخَرَّقَ لَهُمَا أَنَّهُ صَنَعَ فِي الْمَبِيعِ مَا يَقْصِدُ بِشِرَائِهِ، وَيَعْتَادُ فِعْلَهُ فِيهِ،

غاية البيان

وقال القُدُورِيُّ في كتابِ «التقريب»: «اختلفتِ الروايةُ عنهما في الباقِي؛ فقالا: يَرُدُّ الباقِي، ورُوِيَ عنهما: أنه لا يَرُدُّ، ويَرْجعُ بِنُقْصَانِ العَيْبِ».

قولُه: (حَتْفَ أَنْفِهِ).

الحَتْفُ: الموتُ، وجمْعُه: حُتُوفٌ، وليس له فِعْلٌ يتصرَّفُ. كذا في «الجمهرة»[1].

يقالُ: مات فلانٌ حَتْفَ أَنْفِه؛ إذا مات على [٢/٩٢ظ] الفِراشِ. قيل: هذا في الآدَمِيِّ، ثم عَمَّ في كلِّ حيوانٍ إذا مات بغيرِ سببٍ. كذا قال صاحبُ «المغرب»[2].

قولُه: (كَالْمُسْتَفِيدِ بِهِ)، أي: بِالمِلْكِ.

قولُه: (وَأَمَّا الْأَكْلُ: فَعَلَىٰ الْخِلَافِ، عِنْدَهُمَا: يَرْجِعُ)، أي: بِنُقْصَانِ العَيْبِ.

قال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «والفتوىٰ علىٰ قولِهما».

قولُه: (وَعِنْدَهُ)، أي: عندَ أبي حَنِيفَةَ.

---

(١) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٣٨٦].

(٢) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١/١٧٩].

فَأَشْبَهَ الْإِعْتَاقَ.

وَلَهُ أَنَّهُ تَعَذَّرَ الرَّدُّ بِفِعْلٍ مَضْمُونٍ مِنْهُ فِي الْمَبِيعِ، فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ وَالْقَتْلَ، وَلَا مُعْتَبَرَ بِكَوْنِهِ مَقْصُودًا؛ أَلَّا يَرَىٰ أَنَّ الْبَيْعَ مِمَّا يُقْصَدُ بِالشِّرَاءِ، ثُمَّ هُوَ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ، وَإِنْ أَكَلَ بَعْضَ الطَّعَامِ ثُمَّ عَلِمَ بِالْعَيْبِ فَكَذَا الْجَوَابُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ الطَّعَامَ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ فَصَارَ كَبَيْعِ الْبَعْضِ، وَعِنْدَهُمَا أَنَّهُ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ فِي الْكُلِّ، وَعَنْهُمَا أَنَّهُ يَرُدُّ مَا بَقِيَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ.

قَالَ: [١٠/ظ] وَمَنِ اشْتَرَىٰ بَيْضًا، أَوْ بِطِّيخًا، أَوْ قِثَّاءً، أَوْ خِيَارًا، أَوْ جَوْزًا، فَكَسَرَهُ فَوَجَدَهُ فَاسِدًا، فَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ؛ رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ؛ فَكَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا، وَلَا يُعْتَبَرُ فِي الْجَوْزِ صَلَاحُ قِشْرِهِ عَلَىٰ مَا قِيلَ؛ لِأَنَّ مَالِيَّتَهُ بِاعْتِبَارِ اللُّبِّ.

غاية البيان

قولُه: (وَلَا مُعْتَبَرَ بِكَوْنِهِ مَقْصُودًا). جوابٌ عن قولِهما، وهو أنه صنَعَ في المَبيعِ ما يُقْصَدُ بشرائِه [٥/١١٤و/م]، وبيانُه مَرَّ آنفًا.

قولُه: (ثُمَّ هُوَ)، أي: البَيْعُ.

قولُه: (فَكَذَا الْجَوَابُ عِنْدَ أَبِي حنيفةَ رضي الله عنه)، أي: لَمْ يَرْجِعْ بشيءٍ؛ لأن الطعامَ كشَيْءٍ واحدٍ، فلا يُرَدُّ بعضُه بالعَيْبِ دونَ البعضِ.

قولُه: (فِي الْكُلِّ)، أي: فيما أكَل، وفيما لَمْ يَأْكُلْ.

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ بَيْضًا، أَوْ بِطِّيخًا، أَوْ قِثَّاءً، أَوْ خِيَارًا، أَوْ جَوْزًا، فَكَسَرَهُ فَوَجَدَهُ فَاسِدًا، فَإِنْ لَمْ يَنْتَفِعْ بِهِ؛ رَجَعَ بِالثَّمَنِ كُلِّهِ). وهذه من المسائلِ المعادةِ في «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: في الرَّجُلِ يَشْتَرِي

. . . .

من الرَّجُلِ الجَوْزَ، أوِ البَيْضَ، أوِ البِطِّيخَ، أو الخِيارَ، أو القِثَّاءَ، فيَكْسِرُهُ فيجدُه فاسدًا [٣١/٩ظ/د]، قال: إنْ كان لا يُنْتَفَعُ به؛ رجَع بالثَّمنِ كلِّه، وإنْ كان يُنْتَفَعُ به؛ رَجَعَ بِنُقْصَانِ العَيْبِ»[١].

وقال الشيخُ أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ: «ومَنِ اشْتَرَىٰ شيئًا مأكُولُه في جَوْفِه، فكسَره فوجَده فاسدًا، فإنْ كان لِقشْرِه قِيمةٌ؛ كان البائعُ بِالخِيارِ: إنْ شاء أخَذ قِشْرَه وردَّ ثمنَه على المُشْتَرِي، وإنْ شاء أبَىٰ ذلك، وردَّ مِن ثمنِه ما بينَ قيمتِه معيبًا، وما بينَ قيمَتِه صحيحًا على المُشْتَرِي، وإنْ كان لا قِيمةَ له؛ رَجَعَ بثمنِه كلِّه على البائعِ». إلى هنا لفْظ الطَّحَاوِيِّ في «**مختصره**»[٢].

وفَسَّرَ الزاهدُ العَتَّابِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ **كونَه لا يُنْتَفَعُ به**: بأنْ كان لا يَأْكُلُه الآدَمِيُّ والبهيمةُ، وذلك لأن البَيْعَ لا يَصِحُّ بلا مالٍ، فإذا كان بحيثُ لا يُنْتَفَعُ به أصلًا؛ لا يَكُونُ مالًا؛ لأن المالَ ما يَصْلُحُ لمصالحِ الآدَمِيِّ من غيرِه، وهذا لا يَصْلُحُ، فلَمْ يَصِحَّ البَيْعُ، فإذا لَمْ يَصِحَّ البَيْعُ؛ رَجَعَ بالثَّمنِ كلِّه، وإنْ كان يُنْتَفَعُ به معَ فسادِه؛ لا يَرُدُّه عندَنا، ويَرْجِعُ بِنُقْصانِ العَيْبِ، إلا أنْ يَرْضَى البائعُ به مكسورًا.

قال الفقيهُ أبو الليثِ في «شرح الجامع الصغير»: «فإنْ أكلَه بعدَما علمَ بالفسادِ؛ كان ذلك رضًا منه، ولا يَرْجِعُ بشيءٍ».

وقال في «شرح الأقطع»: «قال الشَّافعيُّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إذا كان الكَسْرُ مقدارًا لا يُعْلَمُ العَيْبُ إلا به؛ فله الرَّدُّ في الصحيحِ من قولَيْهِ[٣]»[٤].

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٥٠ ـ ٣٥١].

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ٨١].

(٣) ينظر: «الأم» للشافعي [٤/ ١٤٠]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» لأبي إسحاق الشيرازي [ص/ ٩٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٣/ ٤٨٦]، و«مختصر المزني/ مطبوع ملحقًا بالأم للشافعي» [٨/ ١٨١].

(٤) ينظر: «شرح مختصر الدوري» للأقطع [ق/ ١٣٧].

وَإِنْ كَانَ يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ فَسَادِهِ لَمْ يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّ الْكَسْرَ عَيْبٌ حَادِثٌ، وَلَكِنَّهُ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ الْعَيْبِ دَفْعًا لِلضَّرَرِ بِقَدْرِ الْإِمْكَانِ.

غاية البيان

وجهُ قولِه: أن الكَسْرَ حَصَلَ بتسليطِ البائعِ، فلَمْ يُعْتَبَرْ عيبًا حادثًا، فجاز رَدُّه.

ولنا: أن الكَسْرَ عَيْبٌ حادثٌ كالقطعِ في الثَّوْبِ، والعَيْبُ الحادثُ يَمْنَعُ الرَّدَّ، نعم: حصَل التسليطُ مِن البائعِ على الكَسْرِ، ولكن على الكَسْرِ في مِلْكِ المُشْتَرِي لا في مِلْكِ البائعِ، فكان عيبًا، فلو ردَّ لرَدَّ بعيبَيْنِ، وقد خرَج مِن مِلْكِه بعَيْبٍ [٩/٣٢و/د] واحدٍ، وفيه ضررٌ على البائعِ لا محالةَ.

هذا [٥/١١٤ظ/م] إذا وُجِدَ الكلُّ فاسدًا، فإنْ وُجِدَ البعضُ مِن ذلك فاسدًا، والبعضُ صحيحًا - إنْ لَمْ يَكُنْ لِقِشْرِه قِيمةٌ - يَرْجِعُ على بائِعه بحِصَّتِه مِن الثَّمنِ، وإنْ كان لقِشْرِه قِيمةٌ؛ رَجَعَ بحِصَّةِ العَيْبِ؛ اعتبارًا للجُزْءِ بالكُلِّ، إلا إذا كان الفَاسِدُ قليلًا مقدارَ ما يَكُونُ مِثْلُه في ذلك المَبيعِ، فلا يَرْجِعُ بشيءٍ. كذا ذكَر في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»[1].

وقال فخرُ الإسلامِ: «فإنْ وُجِدَ البعضُ مِن ذلك فاسدًا، فإنْ كان ذلك قليلًا؛ فإن القياسَ أنْ يُجْعَلَ ذلك كَالخَمْرِ والمَيْتَةِ [٢/٩٣و] يُضَمُّ إلى المالِ، وفي الاستحسانِ: يُجْعَلُ هَدرًا؛ لأنه قليلٌ لا عِبْرَةَ به في العاداتِ».

ثم قال فخرُ الإسلامِ رحمه الله: كذلك ذكَرَه مشايخُنا، ولا نصَّ فيه، وفي ذلك ضرورةٌ أيضًا؛ لأن جملةَ ذلك لا يَخْلُو عن شيءٍ فَاسِدٍ، فلو بَطَلَ لَمَا سلِمَ المَبِيعُ[2] أبدًا.

فأَمَّا إذا كثُر ذلك: فإنه يُجْعَلُ بمنزلةِ المَيْتَةِ والخَمْرِ يُضَمُّ إلى المالِ على

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» [ص/ ٨١].

(٢) وقع في «ن» و«م»: «سلمَ البيع».

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: يَرُدُّهُ؛ لِأَنَّ الْكَسْرَ بِتَسْلِيطِهِ.

قُلْنَا: التَّسْلِيطُ عَلَى الْكَسْرِ فِي مِلْكِ الْمُشْتَرِي لَا فِي مِلْكِهِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا كَانَ ثَوْبًا فَقَطَعَهُ، وَلَوْ وَجَدَ الْبَعْضَ فَاسِدًا وَهُوَ قَلِيلٌ جَازَ الْبَيْعُ اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو عَنْ قَلِيلٍ فَاسِدٍ. وَالْقَلِيلُ مَا لَا يَخْلُو عَنْهُ الْجَوْزُ عَادَةً، كَالْوَاحِدِ أَوِ الِاثْنَيْنِ فِي الْمِئَةِ، وَإِنْ كَانَ الْفَاسِدُ كَثِيرًا لَا يَجُوزُ وَيَرْجِعُ بِكُلِّ الثَّمَنِ؛ لِأَنَّهُ جَمَعَ بَيْنَ الْمَالِ وَغَيْرِهِ؛ فَصَارَ كَالْجَمْعِ بَيْنَ الْحُرِّ وَعَبْدِهِ.

غاية البيان

التفصيلِ والاختلافِ. يعني: صحَّ البَيْعُ فيما صَلحَ بحِصَّتِه مِنَ الثَّمَنِ، وبطَلَ في الفَاسِدِ عندَ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ، وعندَ أبي حَنِيفَةَ: فسدَ في الكُلِّ؛ لأن الأصلَ عندَهُ: أن البَيْعَ متىٰ فسَد بعضُه بفسادٍ مُقارِنٍ؛ فسَدَ كلُّه.

والمرادُ مِن **أَلَّا يَكُونَ لِقِشْرِ الجَوْزِ قِيمةٌ**: أنْ يَكُونَ ذلك في موضعٍ يَكْثُرُ فيه الحَطَبُ. إلىٰ ذلك أشار الوَلْوَالِجِيُّ في «**فتاواه**»[1].

وقال الوَلْوَالِجِيُّ: «لوِ اشْتَرَىٰ القَرْعةَ[2] فوجَدَها مُرًّا بعْدَ الكَسْرِ [٩/٣٢ظ/د]؛ له أنْ يَرْجِعَ بجميعِ الثَّمَنِ قليلًا كان أوْ كثيرًا؛ لأنه لا قِيمَةَ لها بعدَ الكَسْرِ»[3].

قولُه: (فَإِنْ لَمْ يُنْتَفَعْ بِهِ)، كالقَرْعِ الْمُرِّ، والبَيْضةِ الْمَذِرَةِ[4].

قولُه: (بِتَسْلِيطِهِ)، أي: بتسليطِ البائعِ.

قولُه: (وَالْقَلِيلُ مَا لَا يَخْلُو عَنْهُ الْجَوْزُ عَادَةً، كَالْوَاحِدِ أَوِ الِاثْنَيْنِ فِي الْمِئَةِ).

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣/٢٥٠].

(٢) **القَرْعةُ**: مُؤنث القَرْع ـ بِسُكُون الرَّاء وفتحها، وَالسُّكُون هو المشهور ـ، وهو جنسٌ مِن نباتات زراعية مِن الفصيلة القَرْعيّة، فيه أَنواعٌ تُزْرَع لثمارها، وأَصناف تُزْرَع للتزيين. وأَكثرُ ما تُسَمِّيه العربُ: الدُّبَّاء. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [٢/٤٩٩/مادة: قرع]، و«المعجم الوسيط» [٢/٧٢٨].

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الوَلْوَالِجيَّة» [٣/٢٥١].

(٤) **البَيْضَةُ المَذِرَة**: هي القذرة الفاسدة. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [١٤/١٠٠/مادة: مذر].

وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا فَبَاعَهُ الْمُشْتَرِي، ثُمَّ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ، فَإِنْ قَبِلَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِإِقْرَارٍ، أَوْ بِبَيِّنَةٍ، أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ؛ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَىٰ بَائِعِهِ؛ ....

وجعَلَ الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرح الجامع الصغير**» في الجَوْزِ الخمسةَ، أوِ الستةَ، أوْ نحوِ ذلك في المئةِ مَعْفُوًّا، وقال: «لأن مِثْلَ ذلك قد يُوجَدُ في الجَوْزِ، فصار هذا المقدارُ كالمشاهدِ منه».

قولُه: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا فَبَاعَهُ الْمُشْتَرِي، ثُمَّ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ، فَإِنْ قَبِلَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِإِقْرَارٍ، أَوْ بِبَيِّنَةٍ، أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ؛ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ).

ولفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»: «ومَن باع عبدًا، فباعَه المُشْتَرِي، ثم رُدَّ عليه بعَيْبٍ، فإنْ قَبِلَه بقضاءِ قاضٍ؛ فله أنْ يَرُدَّه علىٰ بائعِه، وإنْ قَبِلَه بغيرِ قضاءٍ؛ فليس له أنْ يَرُدَّه»[1].

وقال محمدٌ رحمه الله **في** [٥/١١٥و/م] «**الجامع الصغير**»: «عن يعقوبَ عن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في رَجُلٍ باعَ عبدًا مِن رَجُلٍ بعدَما اشتراه مِن آخرَ، فوجَد به المُشْتَرِي الآخرُ عيبًا، فاختصَما إلىٰ القاضي - المُشْتَرِي الآخرُ والبائعُ الآخَرُ - فردَّ القاضي العبدَ علىٰ البائعِ الآخَرِ بإقرارٍ منه، أوْ بإِباءِ يمينٍ، هل بيْنَه وبينَ البائعِ الأوَّلِ خُصُومةٌ؟ قال: نعم»[2].

وقال بعدَه فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: في رَجُلٍ اشْتَرىٰ مِن رَجُلٍ عبدًا، ثم باعَه مِن آخرَ، فوجَد به الآخرُ عيبًا لا يَحْدُثُ مِثْلُه، فردَّه علىٰ بائعِه، وقَبِلَ منه عندَ غيرِ قاضٍ، قال: ليس له أنْ يَرُدَّه علىٰ البائعِ الأوَّلِ أبدًا»[3].

وقال محمدٌ رحمه الله قبْلَ هذا قريبًا مِن ثلاثةِ أوراقٍ في مسألةِ الوَكِيلِ: «محمدٌ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨٢].
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٥٢، ٣٥٣].
(٣) المصدر السابق.

. . . .

عن يعقوبَ [٩/٣٣و/د] عن أبي حنيفةَ ﵀: في الرَّجُلِ يَأْمُرُ الرَّجُلَ بِبَيْعِ عبْدِه، فيَبِيعه من رَجُلٍ [آخرَ][1] ويَدْفَعُهُ إليه، فلا يقْبِضُ الثَّمنَ، أوْ يقْبِضَهُ، ثم يريدُ المُشْتَرِي أنْ يَرُدَّه على المَأْمُورِ بعَيْبٍ، فيُقَدِّمُه إلى القاضي، وهو عَيْبٌ لا يَحْدُثُ مِثْلُه، فيُرَدُّ عليه بِبَيِّنَةٍ، أوْ بإِبَاءِ يمينٍ، أوْ بإقرارٍ مِن المَأْمُورِ بِالعَيْبِ. قال: للمَأْمُورِ أنْ يَرُدَّه على الآمِرِ، وإنْ كان العَيْبُ يحْدُثُ مِثْلُه فردَّه عليه بإِباءِ يمينٍ، أوْ بِبَيِّنَةٍ قامَتْ بأنه باعَه وبه هذا العَيْبُ، ردَّه المَأْمُورُ على الآمرِ، وإنْ كان ذلك بإقرارٍ منَ المَأْمُورِ بالعَيْبِ؛ لَمْ يَرُدَّه على الآمرِ»[2]. إلى هنا لفْظُ محمدٍ في أصلِ «**الجامع الصغير**».

ثم اعلم: أن المُشْتَرِيَ إذا باع المبيعَ، ثم رَدَّه عليه بعَيْبٍ، فإنْ كان ذلك قبْلَ القَبْضِ؛ كان له حقُّ [٢/٩٣ظ] الرَّدِّ على بائِعه، فيَكُونُ بمنزلةِ ما إذا لَمْ يَبِعْ، سواءٌ كان بقضاءٍ، أوْ بغيرِ قضاءٍ؛ لأن الرَّدَّ بِالعَيْبِ قبْلَ القَبْضِ فَسْخٌ منَ الأصلِ في حقِّ الكُلِّ، فصار ذلك الرَّدُّ بمنزلةِ الرَّدِّ بخِيارِ الشَّرْطِ، أوْ بخيارِ الرُّؤْيةِ.

أَمَّا إذا قبضَه المُشْتَرِي الثاني، ثم ردَّ على المُشْتَرِي الأوَّلِ بعَيْبٍ؛ فعلى وجهَيْن:

فإنْ قَبِلَه بقضاءِ قاضٍ؛ فله الرَّدُّ على بائِعه.

وإنْ قَبِلَه بغيرِ قضاءِ قاضٍ؛ فليس له الرَّدُّ، وذلك لأنه إذا قَبِلَ بغيرِ قضاءِ القاضي؛ كان ذلك رَدًّا باصطلاحِهما وتَراضِيهما، فكان بمنزلةِ عَقْدٍ مُسْتَأْنَفٍ، وإذا قَبِلَه بالقضاءِ، [أو][3] بأحدِ الأشياءِ الثلاثةِ - بِالبَيِّنَةِ أوْ بِالنُّكُولِ أو الإِقْرَارِ - فله أنْ يَرُدَّ على البائعِ الأوَّلِ؛ لأن [٥/١١٥ظ/م] البَيْعَ الثانيَ انفَسَخ بفَسْخِ القاضي، فصار كأن البَيْعَ الثانيَ لَمْ يُوجَدْ أصلًا، ولكنَّ البَيْعَ الأوَّلَ قائمٌ لَمْ ينْفَسِخْ [٩/٣٣ظ/د] بفَسْخِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٥٤].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن».

. . . .

الثاني، فيَمْلِكُ الخُصُومةَ.

وفي قولِ زُفَرَ: إذا جحَدَ العَيْبَ، فرُدَّ عليه بِالبَيِّنَةِ؛ ليس له أنْ يَرُدَّ على البائعِ الأوَّلِ. كذا ذَكَر الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرح الجامع الصغير**».

وذلك لأنه لَمَّا جحَد العَيْبَ؛ فليس له أنْ يدَّعِيَ على البائعِ الأوَّلِ أن به عيبًا؛ لأنه متناقِضٌ في كلامِه، أَلَا ترى أنه لَمَّا رُدَّ عليه الآخرُ، فقال بعدَما رُدَّ عليه: ليس به عَيْبٌ، ثم أراد أنْ يَرُدَّه؛ ليس له ذلك، فكذلك إذا جحَد قبْلَ الرَّدِّ.

وجوابُه: أن جُحُودَه كان لدَفْعِ الخُصُومةِ عن نفسِه، ولَمْ يَكُنْ للتحقيقِ، ولأنه لَمَّا رُدَّ عليه فقد كُذِّبَ شرعًا، فبَطَلَ جحودُه.

وقال في «شرح الأقطع»: له رَدُّه عندَ الشَّافعيِّ على بائعِه[١]، وإنْ قَبِلَه بغيرِ قضاءٍ، وقاسَ على ما إذا قَبِلَه بقضاءٍ، والفرقُ ظاهرٌ، وقد مَرَّ[٢].

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: يَسْتَوِي الجوابُ في مسألةِ الكتابِ بيْنَ ما يَحْتَمِلُ الحدوثَ، وما لا يَحْتَمِلُ، إذا رُدَّ عليه بغيرِ قضاءٍ؛ لَمْ يَكُنْ له أنْ يُخاصِمَ الذي باعَه؛ لأنَّ الرَّدَّ بالتراضِي بمنزلةِ بَيْعٍ جديدٍ في حقِّ الثالثِ، والبائعُ الأوَّلُ ثالثُهما، فصار في حقِّ البائعِ الأوَّلِ، كأنَّ المُشْتَرِيَ الأوَّلَ اشتراه من المُشْتَرِي الثاني، فلو كان هكذا؛ فلا خُصُومةَ، فكذا هذا.

وإنما استوى الجوابُ؛ لأن محمَّدًا قال - في عَيْبٍ لا يَحْدُث مِثْلُه -: إذا قَبِلَه بغيرِ قضاءِ قاضٍ؛ ليس له أنْ يَرُدَّه على البائعِ الأوَّلِ أبدًا، وإذا لَمْ يَرُدَّه في

---

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٥٥٨/٦]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [١٥٩/٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٤٣٤/٣]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤٤٢/٨].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٣٩].

....

غاية البيان

عَيْبٍ لا يَحْدُثُ مِثْلُه معَ التيقُّنِ بأنه كان عندَ البائعِ الأوَّلِ؛ فلأَنْ لا يَرُدَّه في عَيْبٍ يحْدُثُ مِثْلُه ـ وهو يَحْتَمِلُ الحدوثَ في يدِ [٩/٣٤و/د] المُشْتَرِي ـ أَوْلَىٰ وأَحْرَىٰ، فاستوىٰ الجوابُ.

وقالوا: وعلىٰ قياسِ ما ذَكَرَ في بعضِ رواياتِ «**البيوع**»: له حقُّ الخُصُومةِ؛ لتيقُّنِ العَيْبِ عندَ البائعِ الأوَّلِ.

وفَسَّرَ في «الإيضاح» عيبًا لا يَحْدُث مِثْلُه: بِالأُصْبُعِ الزائدةِ أو النَّاقصةِ، وعيبًا يَحْدُثُ مِثْلُه: بالقُروحِ والأمراضِ.

أَمَّا مسألةُ الوَكِيلِ فنَقُولُ: إذا رُدَّ عليه بعَيْبٍ لا يَحْدُثُ مِثْلُه، أوْ لا يَحْدُثُ مِثْلُه في مِثْلِ تلك المُدَّةِ؛ ردَّه القاضي بغيرِ بَيِّنَةٍ، أوْ إبَاءِ يمينٍ، أوْ إِقْرَارٍ؛ لأن القاضيَ يَعْلَمُه يقينًا أنه كان عندَ البائعِ.

[٥/١١٦و/م] ومعنىٰ اشتراطِ البَيِّنَةِ، أو النُّكُولِ، أو الإِقْرَارِ في الكتابِ: محمولٌ علىٰ ما إذا اشتَبه علىٰ القاضي أن هذا العَيْبَ قديمٌ أَمْ لا، أوْ عَلِمَ أنه لا يَحْدُثُ في مُدَّةِ شهرٍ مثلًا، ولكن لَمْ يَعْرِفْ تاريخَ البَيْعِ متىٰ كان، منذُ شهرٍ أوْ أكثرَ؟ فاحتَاج المُشْتَرِي إلىٰ إقامةِ البَيِّنَةِ، أوْ إلىٰ غيرِها مِن الحُجَجِ: أن تاريخَ البَيْعِ منذُ شهرٍ، فيَعْلَمُ القاضي حينَئِذٍ أن العَيْبَ كان في يدِ البائعِ، فيُردُّ عليه.

[٢/٩٤و] فأَمَّا إذا عاينَ القاضي تاريخَ البَيْعِ والعَيْبُ ظاهرٌ، فلا يَحْتَاجُ إلىٰ شيءٍ منه، فيَكُونُ الرَّدُّ علىٰ الوَكِيلِ ردًّا علىٰ المُوَكِّلِ من غيرِ أنْ يَحْتَاجَ الوَكِيلُ إلىٰ رَدٍّ وخُصُومةٍ.

فأَمَّا إذا كان العَيْبُ يَحْدُثُ مِثْلُه، فإنْ رُدَّ علىٰ الوَكِيلِ بِبَيِّنَةٍ أوْ نُكُولٍ؛ فهو لازمٌ للمُوَكِّلِ، ولا يَحْتَاجُ الوَكِيلُ إلىٰ الخُصُومةِ؛ لأن البَيِّنَةَ حُجَّةٌ في حقِّ الناسِ

....

كافَّةً، والوَكِيلُ مُضطرٌ في النُّكُولِ، فصار بمنزلةِ الرَّدِّ بِالبَيِّنَةِ، وهذا لأنه إذا كان عالمًا بِالعَيْبِ عندَ المُوَكِّلِ، لا يُمْكِنُه أنْ يَحْلِفَ كاذبًا، ولأنه لَمْ يُباشِرْ أحوالَ العبدِ، والمُوَكِّلُ هو الذي أوْقَعه فيه، فصار العهدةُ عليه، فإن رَدَّه [٣٤/٩ظ/د] القاضي بإقرارِ الوكيلِ؛ كان ذلك ردًّا عليه، ولكن له أنْ يُخاصمَ المُوَكِّلَ، فيُلْزِمهُ بِبَيِّنَةٍ أوْ نُكُولٍ؛ لأن الردَّ بالقضاءِ لا يَحْتَمِلُ ابتداءَ العَقْدِ، فكان فَسْخًا، ولكنه فَسْخٌ بدليلٍ قاصرٍ، وهو إِقْرارُ الوَكيلِ بِالعَيْبِ عندَ المُوَكِّلِ.

فمِنْ جهةِ كونه فَسْخًا: كان للوكيلِ حقُّ الخُصُومةِ.

ومن جهةِ كونه قاصرًا: لزم الوَكِيلُ إلا أنْ يُقِيمَ الحُجَّةَ على المُوَكِّل، هذا فيما إذا رُدَّ عليه بالقضاء.

أَمَّا إذا رُدَّ على الوَكِيلِ بإقرارِه بلا قضاءِ القاضي، فإنْ كان عيبًا يَحْدُثُ مِثْلُه في هذه المُدَّةِ؛ فليس للوَكِيلِ حقُّ الرَّدِّ على مُوَكِّلِه؛ لأنه فَسْخٌ بالتراضِي، فكان بمنزلةِ شِرَاءٍ جديدٍ في حقِّ غيرِهما، فبَطَلَ حقُّ الخُصُومةِ.

وإنْ كان عيبًا لا يَحْدُث مِثْلُه، فقال فخرُ الإسلام وغيرُه: ذكَر في عامَّةِ رواياتِ «**المبسوط**»: أنه يُلْزَمُ الوَكِيلُ، ولا يُخاصَمُ المُوَكِّلُ.

وذكَر في كتابِ «**البيوع**» أنه يُلْزَمُ المُوَكِّلُ مِن غيرِ خُصُومةٍ، لأنَّ الخصمَيْن فعَلَا عَيْنَ ما يَفْعَلُهُ القاضي؛ لأنَّ الردَّ حقٌّ مُتَعَيِّنٌ، فصار تسليمُ الخصْمِ وتسليمُ القاضي سواءً، كتسليمِ الشُّفْعَةِ، وقضاءِ الدَّيْنِ، والرُّجُوعِ في الهِبةِ.

وجهُ عامَّةِ الرواياتِ [١١٦/٥ظ/م]: أن هذا رَدٌّ ثبتَ بالتراضِي، فصار كَالبَيْعِ الجديدِ، ولَا نُسَلِّمُ أنهما فعَلَا عيْنَ ما يَفْعَلُه القاضِي؛ لأنَّ الحُكْمَ الأصليَّ في هذا هو المطالَبَةُ بالسلامةِ، وإنما يُصارُ إلى الردِّ لضرورةِ العجْزِ، فإذا نقَلَاه إلى الردِّ؛

. . . .

لَمْ يَصِحَّ في حقِّ غيرِهما، أَلَا تَرَىٰ أن الردَّ إذا امتنَع وجَبَ الرُّجُوعُ بحِصَّةِ العَيْبِ، وفيما [٩/٣٥و/د] ذكَر منَ المسائلِ: الحقُّ مُتَعَيِّنٌ لا يحْتملُ التحوُّلَ إلىٰ غيرِه، فافترَقا.

قال أبو العبَّاسِ النَّاطِفِيُّ في كتابِ «الأجناس»: «قدِ اعترُضَ علىٰ قولِ محمَّدٍ: ـ أنه بِنُكُولِ الوَكِيلِ يُلْزَمُ المُوَكِّلُ ـ بأنه لا يَصِحُّ علىٰ أصولِهم، أَمَّا علىٰ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه: فإن النُّكُولَ بذلٌ، وبذْلُ الإنسانِ لا يَثْبُتُ في حقِّ غيرِه، وأَمَّا علىٰ قولِهما: فإنه في حُكْمِ الإقْرارِ، ولو أقَرَّ الوكيلُ بِالعَيْبِ؛ لَمْ يُلْزَمِ الآمِرُ في عَيْبٍ مما يحْدُثُ، فكذلك نُكُولُه الذي أُقيمَ مقامَه».

ثم قال: «أُجِيبَ عنه بأن النُّكُولَ ليس بصريحِ البذْلِ، وإنما أجْرَاه مجْرَاه، يَدُلُّك عليه: لوِ ادَّعَىٰ رَجُلٌ ألفَ درهمٍ علىٰ عبدٍ مَأْذُونٍ له في التجارةِ، فأنكَر ونكَلَ عن اليمينِ، فإن الحاكمَ يَحْكُمُ عليه بالمالِ، ولو كان بذْلًا لَمْ يَحْكُمْ عليه؛ لأن بذْلَ المالِ وهِبَته لا تَصِحُّ في حقِّهِ في الدراهمِ، والدنانيرِ، والثِّيابِ، وأعيانِ الأموالِ، إنما جازَت الضِّيافَةُ اليسيرةُ نصًّا بخلافِ القياسِ.

والشيءُ إذا أُجْرِيَ مجْرَىٰ [٩/٣٥ظ/د] غيرِه؛ لا يَجِبُ إجْراؤُه مجْرَاه من جميعِ الوجوهِ، وقد أجْرَيناه مجْرَىٰ البذْلِ في أن اليمينَ[1] في سبعةِ أشياءَ: في النِّكَاحِ، والرَّجْعَةِ، والفَيْءِ في الْإِيلَاءِ، والنَّسَبِ، والْوَلاءِ والرِّقِّ، واللِّعانِ[2].

وأَمَّا [٢/٩٤ظ] **علىٰ قولِهما**: فالنُّكُولُ لا يَكُونُ بمنزلةِ الإِقْرَارِ بذلك عليه، أنه لو نَكَلَ عن اليمينِ في كلِّ حُكْمٍ؛ كان له أَنْ يَعُودَ فيَحْلِفَ ويُسْقِطَ المالَ عن نفْسِه، ولو كان بمنزلةِ الإِقْرارِ لَمْ يَمْلِكْ أَنْ يَرْجِعَ عن إقرارِه، وكذلك نُكُولُه يَخْتَصُّ

---

(١) وقع بالأصل: «أن لا يَمِين». والمثبت من: «ن».

(٢) **صورةُ اللِّعان**: أن امرأة ادَّعَتْ علىٰ زوْجِها أنه قذَف قذفًا مُوجبًا للِّعان، وأنكَر الزوْجُ؛ لا يُسْتَحْلَف. وسيأتي في كتاب الدعوىٰ إنْ شاء الله تعالىٰ. كذا جاء في حاشية: «م»، و«د».

لِأَنَّهُ فَسْخٌ مِنَ الْأَصْلِ فَجُعِلَ الْبَيْعُ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ غَايَةُ الْأَمْرِ: أَنَّهُ أَنْكَرَ قِيامَ الْعَيْبِ

غاية البيان

بمجلسِ الحاكمِ، والإِقْرَارُ بالمالِ لا يَخْتَصُّ بمجلسِ الحاكمِ إلا عندَ أبي يوسفَ: يجْرِي مَجْرَىٰ الإِقْرارِ، وليس حُكْمُه حُكْمَ صريحِ الإِقْرارِ، وعندَ محمَّدٍ: حُكْمُه حُكْمَ صريحِ الإِقْرارِ.

وتَظْهَرُ فائدةُ الاختلافِ بينَهما: بما قال في كتابِ «**الدعوىٰ**» ـ إملاء روايةِ بِشْرِ ابنِ الوليدِ ـ: «قال أبو يوسفَ: لوِ ادَّعَىٰ دارًا في يَدَي رَجُلٍ، فأنكر ونَكَلَ عن يمينِه [٥/١١٧و/م]، فقضَىٰ القاضي للمُدَّعِي، ثم أقام المُدَّعَىٰ عليه البَيِّنَةَ أنه كان اشتراها مِن المُدَّعِي؛ فإن القاضيَ يَسْمَعُ بَيِّنَته ويَرُدُّ الدَّارَ عليه، ولو أقام البَيِّنَةَ أنه كان اشتراها مِن رَجُلٍ آخرَ؛ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ».

وقال محمدٌ رحمه الله **في «نوادرِ ابنِ سَماعةَ»**: لا تُقْبلُ بيِّنَتُه في الوجهَيْن، والنُّكُولُ بمنزلةِ الإِقْرارِ بها». هذا لفْظُ كتابِه.

أَمَّا أبو يوسفَ: فقَبِلَ بيِّنَتَهُ؛ لأنه ليس بصريحِ إِقْرارٍ، بل أُجْرِيَ مجْرَاه؛ لأنه حكَم الحاكمُ عليه بِسببٍ مِن جهتِه، كما في الإِقْرارِ حكَم عليه بسببٍ مِن جهتِه، فمِنْ هذا الوجهِ تشابَها.

[٩/٣٦و/د] **قولُه**: (لِأَنَّهُ فَسْخٌ مِنَ الْأَصْلِ)، **أي**: لأنَّ الرَّدَّ علىٰ المُشْتَرِي الأوَّلِ فَسْخٌ للبَيْعِ الثاني مِن الأصلِ؛ لأنه بقضاءِ القاضي، فكان للمُشْتَرِي الأوَّلِ حقُّ الخُصُومةِ معَ بائِعه.

قولُه: (غَايَةُ الْأَمْرِ: أَنَّهُ أَنْكَرَ قِيامَ الْعَيْبِ)، **أي**: غايةُ أمرِ المُشْتَرِي الأوَّلِ، هذا جوابٌ لِمَا يُقَالُ مِن جهةِ زُفرَ: إنه لَمَّا أنكر العَيْبَ؛ لَمْ يَكُنْ له حقُّ الخُصُومةِ؛ لأنه متناقِضٌ في كلامِه، فقال: نعم، إنه أنكَر العَيْبَ، لكنه كُذِّبَ شرعًا، فصار كأنه لَمْ يُنْكِرْه أصلًا.

لَكِنَّهُ صَارَ مُكَذَّبًا شَرْعًا بِالْقَضَاءِ، وَمَعْنَىٰ الْقَضَاءِ بِالْإِقْرَارِ أَنَّهُ أَنْكَرَ الْإِقْرَارَ فَأَثْبَتَ بِالْبَيِّنَةِ، وَهَذَا **بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ بِالْبَيِّنَةِ** حَيْثُ يَكُونُ رَدًّا عَلَىٰ الْمُوَكِّلِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ هُنَاكَ وَاحِدٌ، وَالْمَوْجُودُ هُنَا بَيْعَانِ، فَيُفْسَخُ الثَّانِي، لَا يَنْفَسِخُ الْأَوَّلُ.

وَإِنْ قَبِلَ بِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ، وَإِنْ كَانَ فَسْخًا فِي حَقِّهِمَا، **وَالْأَوَّلُ ثَالِثُهُمَا**.

وفي: «**الْجَامِعِ الصَّغِيرِ**»: **وَإِنْ رُدَّ عَلَيْهِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بِعَيْبٍ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ الَّذِي بَاعَهُ**، ....

قولُه: (**بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ بِالْبَيِّنَةِ**). متصلٌ بقولِه: (**لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ عَلَىٰ بَائِعِهِ**).

يعني: إذا قَبِلَ المُشْتَرِي بقضاءِ القاضي بِالبَيِّنَةِ، أوْ بِإِباءِ اليمينِ، أوْ بالإقرارِ، له حقُّ الردِّ والخُصُومةِ معَ بائِعِه فحسبُ، ولا يَكُونُ الردُّ عليه ردًّا علىٰ بائِعِه، بخلافِ الوَكِيلِ بالبَيْعِ إذا رُدَّ عليه بِالبَيِّنَةِ، أوِ النُّكُولِ؛ يَكُونُ ذلك ردًّا علىٰ المُوَكِّلِ.

وفرقُه: أن المَبِيعَ في مسألةِ الوَكِيلِ واحدٌ، فكان القضاءُ بِالرَّدِّ عليه ردًّا علىٰ المُوَكِّلِ.

أَمَّا في مسألةِ بَيْعِ المُشْتَرِي: فالموجودُ بَيْعانِ، فلا يَلْزَمُ مِن فَسْخِ البَيْعِ الثاني؛ فَسْخُ البَيْعِ الأوَّلِ، فلأجْلِ هذا لَمْ يَكُنِ الرَّدُّ علىٰ المُشْتَرِي الأوَّلِ ردًّا علىٰ بائِعه.

قولُه: (**وَإِنْ قَبِلَ بِغَيْرِ قَضَاءِ الْقَاضِي**). عطفٌ علىٰ قولِه: (**فَإِنْ قَبِلَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي**).

قولُه: (**وَالْأَوَّلُ ثَالِثُهُمَا**)، أي: البائعُ الأوَّلُ.

وَهَذَا يُبَيِّنُ أَنَّ الْجَوَابَ فِيمَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ وَفِيمَا لَا يَحْدُثُ سَوَاءٌ، وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِ الْبُيُوعِ: إِنَّ فِيمَا لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ لِلتَّيَقُّنِ بِقِيَامِ الْعَيْبِ عِنْدَ الْبَائِعِ الْأَوَّلِ.

وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَقَبَضَهُ، فَادَّعَى عَيْبًا؛ لَمْ يُجْبَرْ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّى يَحْلِفَ الْبَائِعُ، أَوْ يُقِيمَ الْمُشْتَرِي بَيِّنَةً؛ ....

غاية البيان

قولُه: (وَهَذَا يُبَيِّنُ). إشارةٌ إلى المذكورِ في «**الجامع الصغير**»، وقد مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (وَفِي بَعْضِ رِوَايَاتِ الْبُيُوعِ)، أي: بيوعِ «**الأصل**».

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَى عَبْدًا فَقَبَضَهُ، فَادَّعَى عَيْبًا؛ لَمْ يُجْبَرْ عَلَى دَفْعِ الثَّمَنِ حَتَّى يَحْلِفَ الْبَائِعُ، أَوْ يُقِيمَ الْمُشْتَرِي بَيِّنَةً). وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**».

وصورتُها [٩/٣٦ظ/د] **فيه**: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه [٥/١١٧ظ/م]: في رَجُلٍ اشْتَرَى مِن رَجُلٍ عبدًا بألفِ درهمٍ، وقَبَض العبدَ، ثم جاء البائعُ يُخاصِمُهُ في الثَّمنِ، فقال: قد كنْتَ دلَّسْتَ لي هذا العَيْبَ، قال: لا يُجْبَرُ على دَفْعِ الثَّمَنِ حتَّى يَشْهَدَ الشهودُ أوْ يَسْتَحْلِفَه، فإنْ قال: شُهودِي بالشامِ، قال: يُقَالُ له: ادفَعِ الثَّمنَ، وإنْ شِئْتَ استُحْلِفَ لك وادْفَعِ الثَّمنَ»[1]. إلى هنا لَفْظُ أصلِ «**الجامع الصغير**».

اعلم: أن المُشْتَرِيَ إذا ادَّعَى العَيْبَ؛ لا يُجْبَرُ على دَفْعِ الثَّمَنِ [٢/٩٥و] إلى أنْ يُقِيمَ البَيِّنَةَ، أوْ يَسْتَحْلِفَ البَائِعَ، وهذا لمعنَيَيْن:

أحدُهما: أن المُشْتَرِيَ أنكَر وجوبَ تسليمِ الثَّمنِ على نفسِه لَمَّا ادَّعَى العَيْبَ، وهذا لأنَّ دَفْعَ الثَّمنِ إنما يَتَعَيَّنُ على المُشْتَرِي إذا تعيَّن المَبِيعُ، ولَمْ يتعَيَّنِ المَبِيعُ؛ لأن حقَّ المُشْتَرِي في السليمِ لا في المَعِيبِ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٤٩ ـ ٣٥٠].

....

والثاني: أن الإجبارَ على دَفْعِ الثَّمنِ اشتغالٌ بما لا يُفِيدُ؛ لأنه ربما يَحْتَاجُ إلى نقْضِ قضائِه إذا ظهَر العَيْبُ؛ لأنه يَأْمُرُ البائعَ حينئذٍ بِرَدِّ الثَّمنِ على المُشْتَرِي، فيَجِبُ عليه صيانةُ قضائِه عن البطلانِ، فلأجْلِ هذا يَأْمُرُ المُشْتَرِيَ بإقامةِ البَيِّنَةِ، أوْ يُسْتحْلَفُ البائعُ حتى يَظْهَرَ وَجْهُ الحُكْمِ، فإنِ استَبان وَجْهُ الحُكْمِ، بأنْ قامتِ البَيِّنَةُ أَوْ حلَّف البَائِعُ فنكَلَ؛ رُدَّ المَبِيعُ، وإلا أُجْبِرَ المُشْتَرِي على نقْدِ الثَّمَنِ، هذا إذا كان شهودُه حضورًا.

فإن قال: شهودي غُيَّبٌ بالشامِ، لا يُنْتَظَرُ حضورُ الشهودِ؛ لأنه أمرٌ على خطَرٍ أيَكُونُ أمْ لا يَكُونُ، فلا يُؤَخَّرُ الواجبُ به، بل يُحَلَّفُ البائعُ، فإن حلَف أُجْبِر المُشْتَرِي على دَفْعِ الثَّمنِ، ويُحَلَّفُ باللهِ: لقد سلَّمْتُه إليه بحُكْمِ البَيْعِ وما به [٩/٣٧و/د] هذا العَيْبُ، وإنْ نَكلَ البائعُ عن اليمينِ لَزِمَهُ حُكْمُ العَيْبِ؛ لأن النُّكُولَ حُجَّةٌ في المالِ؛ لأنه بذْلٌ أو إقْرارٌ، فيَصِحَّانِ جميعًا فيه، بخلافِ النُّكُولِ في الحُدودِ والقِصَاصِ، فإنه ليس بحُجَّةٍ، وبخلافِ النُّكُولِ في الأشياءِ السِتَّةِ، فإنه لا يَصِحُّ عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه.

ثم في وجوبِ دَفْعِ الثَّمنِ على المُشْتَرِي - إذا حلَف البائعُ -: لا ضرَر على المُشْتَرِي؛ لأنه على حُجَّتِه، لأنه إذا حضَر شهودُه فأقامَها على العَيْبِ؛ يُسْتَرَدُّ الثَّمنُ مِن البائعِ، وفي الانتظارِ إلى حضورِ الشهودِ ضررٌ بالبائعِ؛ لأنه خرَج مِلْكُه عنه، ولَمْ يَصِل عِوَضُه إليه.

وفي قولِهم - في بيانِ هذه المسألةِ -: لأن المُشْتَرِيَ على حُجَّتِه؛ دليلٌ أن إقامةَ البَيِّنَةِ بعدَ حَلفِ المُدَّعَى عليه مُعْتَبرٌ.

قال في الفصلِ السابعِ من كتابِ «**القضاء**» في «**خلاصة الفتاوى**»: «لو أقام

لِأَنَّهُ أَنْكَرَ وُجُوبَ دَفْعِ الثَّمَنِ حَيْثُ أَنْكَرَ تَعَيُّنَ حَقِّهِ بِدَعْوَىٰ الْعَيْبِ، وَدَفَعَ الثَّمَنَ أَوَّلًا لِتَعَيُّنِ حَقِّهِ بِإِزَاءِ تَعَيُّنِ الْمَبِيعِ؛ وَلِأَنَّهُ لَوْ قُضِيَ بِالدَّفْعِ فَلَعَلَّهُ يَظْهَرُ الْعَيْبُ فَيُنْتَقَضُ الْقَضَاءُ، فَلَا يَقْضِي بِهِ صَوْنًا لِقَضَائِهِ.

فَإِنْ قَالَ الْمُشْتَرِي: شُهُودِي بِالشَّامِ اسْتُحْلِفَ الْبَائِعُ وَدُفِعَ الثَّمَنُ، **يَعْنِي إِذَا حَلَفَ**[1]؛ لِأَنَّ فِي الِانْتِظَارِ ضَرَرًا بِالْبَائِعِ، **وَلَيْسَ فِي الدَّفْعِ كَثِيرُ ضَرَرٍ بِهِ**؛ لِأَنَّهُ عَلَىٰ حُجَّتِهِ، أَمَّا إِذَا نَكَلَ أُلْزِمَ الْعَيْبَ؛ لِأَنَّهُ حُجَّةٌ فِيهِ.

غاية البيان

[٥/١١٨و/م] المُدَّعِي البَيِّنَةَ ـ بعدَما حلَف المُدَّعَىٰ عليه ـ تُقْبَلُ، وكذلك لو قال المُدَّعِي للمُدَّعَىٰ عليه: احلِفْ وأنت بريءٌ، أوْ قال: إذا حلفْتَ فأنتَ بريءٌ، فحلَف ثم أقام هو البَيِّنَةَ تُقْبَلُ.

أَمَّا إذا قال المُدَّعِي: لا بَيِّنَةَ لي، فحلَف المُدَّعَىٰ عليه، ثم أتىٰ هو بالبَيِّنَةِ تُقْبَلُ في روايةِ الحسنِ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه، وعن محمَّدٍ: أنها لا تُقْبَلُ»[2]. إلىٰ هنا لَفْظُ **«الخلاصة»**.

قولُه: (أَنْكَرَ)، أي: أنكَر المُشْتَرِي تعيُّنَ حقِّه؛ لأن حقَّه في السليمِ لا في المعِيبِ.

قولُه: (اسْتُحْلِفَ... وَدُفِعَ). كِلَاهُمَا علىٰ صيغةِ المبْنِيِّ للمفعولِ، كذا السَّماعُ.

قولُه: (يَعْنِي إِذَا حَلَفَ)، أي: معنَىٰ قولِه: **(دُفِعَ الثَّمَنُ)**. إذا حلَف البائعُ علىٰ أنه لَمْ يَكُنْ به هذا العَيْبُ.

قولُه: (وَلَيْسَ فِي الدَّفْعِ كَثِيرُ ضَرَرٍ بِهِ)، أي: ليس في دَفْعِ الثَّمنِ كثيرُ [٩/٣٧ظ/د] ضررٍ بالمشتري؛ لأنه علىٰ حُجَّتِه، فأيُّ وَقْتٍ أتىٰ بها تُقْبَلُ منه.

(١) زادَ بعده فِي (ط): «ولا ينتظر حضور الشُّهُود».

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٢١٣].

وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَادَّعَىٰ إِبَاقًا ؛ لَمْ يُحَلَّفِ الْبَائِعُ حَتَّىٰ يُقِيمَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ.

غاية البيان

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا فَادَّعَىٰ إِبَاقًا ؛ لَمْ يُحَلَّفِ الْبَائِعُ حَتَّىٰ يُقِيمَ الْمُشْتَرِي الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ). وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**» المعادةِ.

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: في رَجُلٍ باع رَجُلًا عبدًا، فقال المُشْتَرِي: بِعْتَنِي آبِقًا، وكذَّبه البائعُ، قال: لا أُحَلِّفُ البائعَ علىٰ الْإِباق حتّىٰ يُقِيمَ المُشْتَرِي البَيِّنَةَ أنه أَبَقَ عندَه، فإذا أقام البَيِّنَةَ علىٰ ذلك، اسْتُحْلِفَ البائعُ باللهِ لقد باعَه وقبَضه وما أَبَقَ قط»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُ محمَّدٍ في أصلِ «**الجامع الصغير**».

وَضَع المسألَةَ في الْإِبَاقِ، والحُكْمُ في جميعِ العُيُوبِ التي لا تُشاهَدُ [٢/٩٥ظ] عندَ الخُصُومةِ كذلك، نحوُ: السَّرِقَةِ، والبَوْلِ علىٰ الفِراشِ، والجنونِ، إلا أن المُعاودةَ في يدِ المُشْتَرِي شرْطٌ في العُيوبِ الثلاثةِ، والحالةُ واحدةٌ، وهل يُشْترطُ المُعَاودةُ في الجنونِ؟ فيه كلامٌ استوفَيْناه في أوَّلِ البابِ، فيُنْظَرُ ثَمَّةَ لا محالةَ.

ثم اعلم: أن المُشْتَرِيَ لا يَثْبُتُ له حقُّ الردِّ بهذه العُيُوبِ ما لَمْ يَثْبُتْ حصولُها عندَه، فبَعْد ذلك لا يَخْلُو مِن أحدِ الأمرَيْن: إمَّا أنْ يُقِرَّ البائعُ حصولَها عندَ المُشْتَرِي، أوْ يُنْكِرَ، فإنْ أقرَّ يَثْبُتُ حقُّ الرَّدِّ للمُشْتَرِي، وإنْ أنكر يُقالُ للمُشْتَرِي: أثبِتْ أوَّلًا أن هذا العَيْبَ حصَل عندَك، فإنْ أثبتَه بِالبَيِّنَةِ ؛ فقد ثَبَتَ له حقُّ الرَّدِّ ؛ لكونِ البَيِّنَةِ حُجَّةً.

وإنْ لَمْ يكن للمُشْتَرِي بَيِّنَةٌ، وأراد تَحْلِيفَ البائعِ ؛ فله تحليفُه علىٰ العِلْمِ عندَ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ [٩/٣٨و/د] ؛ لأنه تَحْلِيفٌ علىٰ فِعْلِ الغيرِ، فيُحَلَّفُ [٥/١١٨ظ/م] البائعُ باللهِ ما يَعْلَمُ أن هذا العبدَ جُنَّ عندَ هذا المُشْتَرِي، ولا أَبَقَ، ولا سرَق، ولا

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٥٠].

. . . .

بالَ علىٰ فِراشٍ. كذا ذَكَر في «**الجامع الكبير**»[1] قولَهما، ولَمْ يذْكُرْ قولَ أبي حنيفةَ، واختلَفَ المشايخُ علىٰ قولِه.

قال الشيخُ أبو الْمُعِين النَّسَفِيُّ في «شرح الجامع الكبير»: «قال بعضُ مشايخنا ـ منهم الشيخُ الإمامُ أبو بكرٍ محمدُ بنُ حامدٍ ـ: لا خلافَ في هذه المسألةِ، وتخصيصُ قولِهما بالذِّكْرِ لا يَدُلُّ علىٰ أن قولَ أبي حَنِيفَةَ خلافُ قولِهما».

ثم قال الشيخ أبو الْمُعِين فيه: «وحكىٰ الشيخُ أبو نصْرٍ الصَّفَّارُ[2] عن القاضي أبي الْهَيْثَمِ النَّيْسَابُورِيِّ[3]: أن المسألةَ علىٰ الخلافِ، ولا يُسْتَحْلَفُ عنده،

---

(١) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/ ٢١١ ـ ٢١٢].

(٢) **أبو نصر الصَّفَّار**: هو أحمد بن محمد بن أحمد بن شجاع البخاري، قَدِم بغداد حاجًّا، ورجع مِن الحج في صفر مِن سنة سبع وسبعين وثلاث مائة. وقد أرَّخَ الفَيْرُوزَآبادِيُّ وفاتَه في هذه السَّنَة. لكن يُعَكِّر علىٰ هذا أنه يرْوِي عن أبي الْهَيْثَم النَّيْسَابُورِيّ هنا، وكانت وفاةُ أبي الهيثم بعد الأربع مئة كما سيأتي! فالظاهر أنه غيره، وإنْ كان صنيع عبد القادر القرشي في باب الكُنَىٰ مِن «الجواهر» يقتضِي أن أبا نصْر الصَّفَّار هو نفسه أحمد بن محمد بن أحمد بن شجاع!
والأقرب للصواب: أن أبا نصر هنا هو إسحاق بن أحمد (أو أحمد بن إسحاق) بن شيث أبو نصر البخارِي المعروف بـ الصفَّار، قَدِم بغداد حاجًّا في سنة خمس وأربع مائة، له التصانيف الحِسَان والشعر المَتِين، قال الحاكم: «ما رأيتُ ببُخارَىٰ مثْله في سِنِّه فَضْلًا»، وكان قد سكَن الطائف، وبها كانت وفاته (سنة: ٤٠٥هـ). أوْ بعدها. ينظر: «المِرْقَاة الوفِيَّة في طبقات الحنفية» للفَيْرُوزآبادِيّ [ق/ ٨/أ/ مخطوط مكتبة رئيس الكُتَّاب ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٧١)]، و«الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [١/٥٩، ٩٥]. و«الطبقات السنيَّة» للتميمي [١/٢٧٦]، و[٢/٣٢]. و«معجم الأدباء» لياقوت الحموي [٢/٦٢٠]. و«تاريخ بغداد» للخطيب البغدادي [٧/٤٤٧]، و«الدر الثمين في أسماء المصنِّفين» لابن الساعي [٧/٤٤٧].

(٣) أبو الْهَيْثَم النَّيْسَابُورِي: هو عتبة بن خثيمة بن محمد بن حاتم النيسابورِي الإمام القاضي أبو الهيثم المشهور بكُنيته، أستاذ الفقهاء والقضاة، عديم النظير في الفقه والتدريس والفتوىٰ. قال الحاكم: «كان أوحد عصْره حتىٰ لَمْ يبْقَ بخراسان قاضٍ علىٰ مذهب الكوفيين إلا وهو ينتَمِي إليه». (توفىٰ سنة: ٤٠٦هـ). ينظر: «العبر» للذهبي [٣/٩٦]. و«الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [١/٣٤٢].

....

وعندَهما: يُسْتَحْلَفُ، قال: قال: والخلافُ مسطورٌ في «النوادر»، ذكَره الطَّحاوِيُّ أيضًا».

وَجهُ قولِهما: أن المُشْتَرِيَ لا يَقْدِرُ علىٰ الرَّدِّ إلا بإثباتِ العَيْبِ عندَ نفسِه، وطريقُ ثبوتِ الأشياءِ: البَيِّنَةُ، أو النُّكُولُ ممنْ لو أقَرَّ به لزِمَهُ، فيُسْتَحْلَفُ، وهذا اليمينُ لتوجُّهِ الخُصومةِ، فإذا حلَف بَرِئَ ولَمْ يَثْبُتْ للمُشْتَرِي حقُّ الرَّدِّ، وإنْ نَكَلَ البائعُ ثَبَتَ العَيْبُ، وكذا إذا أقام المُشْتَرِي البَيِّنَةَ علىٰ العَيْبِ عندَه، ولكن لا يَثْبُتُ حقُّ الردِّ للمُشْتَرِي؛ لاحتمالِ أن العَيْبَ حادثٌ، فيُقالُ للبائعِ: هل كان هذا جُنَّ عندَك، أوْ أَبَقَ، أوْ سرَق، أوْ بال في الفِراشِ بعدَ الكِبَرِ في العُيُوبِ الثلاثةِ، فإنْ أقَرَّ بذلك؛ يُرَدُّ عليه؛ لأنه أقَرَّ أنه باع مَعِيبًا [٩/٣٨ظ/د] إلا أنْ يدَّعِيَ الرضا أو الإبراءَ[1]. كذا قال صاحبُ «**التحفة**»[2].

وإنْ أنكَر البائعُ وجودَ العَيْبِ عندَه، يُقالُ للمُشْتَرِي: أقِمِ البَيِّنَةَ علىٰ ذلك، فإنْ أقامَها؛ ثَبَتَ له حقُّ الرَّدِّ، وإنْ لَمْ يَكُنْ للمُشْتَرِي بَيِّنَةٌ علىٰ وجودِ العَيْبِ عندَ البائعِ؛ يُحَلَّفُ البائعُ علىٰ البَتَاتِ، وهذه اليمينُ تُسَمَّىٰ: يَمِينَ الردِّ، وذلك لأنه معنًىٰ لو أقَرَّ به لَزِمَهُ ويُحَلَّفُ علىٰ البَتاتِ؛ لأنه تَحْليفٌ علىٰ فِعْلِ نفْسِه، وهو تسليمُه صحيحًا، فإن حلَف برِئَ، وإنْ نَكلَ رُدَّ عليه بِالعَيْبِ.

قالوا: والصوابُ في التَّحْليفِ أنْ يُقَالَ: باللهِ ليس له حقُّ الردِّ عليك بِالسَّبَبِ الذي تدَّعِيه، أوْ يُحَلَّفُ باللهِ: لقد سلَّمْتُه بحُكْمِ البَيْعِ وما به هذا العَيْبُ الذي يدَّعِيه، وفي الجنونِ يُحَلَّفُ باللهِ: ما جُنَّ في يدكَ قطُّ، وفي العُيُوبِ الثلاثةِ: باللهِ ما سرَق، وما أَبَقَ، وما بالَ في الفِراشِ في يدِك منذُ بلَغ مَبْلَغَ الرجالِ قطُّ.

---

(١) وقع بالأصل: «والإبراء». والمثبت من: «ن». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تحفة الفقهاء».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٢/٩٩].

. . . .

فأَمَّا لو حَلَّفه باللهِ [١١٩/٥و/م]: لقد باعَه وسَلَّمه وما به هذا العَيْبُ؛ لَمْ يَكُنْ فيه نظَرٌ للمُشْتَرِي؛ لأن العَيْبَ لو حدَثَ في يدِ البائع بعدَ البَيْع قبلَ التَّسْلِيم لَمْ يَحْنَثْ؛ لأن شَرْطَ الحِنْثِ: قيامُه في الحالَيْنِ، فيُأَوَّلُ أن هذه العُيُوبَ [٩٦/٢و] لَمْ تَكُنْ موجودةً عندَ البَيْعِ[١]، فيَكُونُ صادقًا، فيَبْطُلُ حقُّ المُشْتَرِي.

ووَجهُ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه - في أن البائعَ لا يُسْتَحلَفُ على العَيْبِ عندَ المُشْتَرِي -: أن الاستحلافَ يَكُونُ عَقِيبَ الدَّعوى [٣٩/٩و/د]، ولا دَعْوَى له على البائعِ إلا بعدَ ثبوتِ العَيْبِ عندَه، وإذا بَطَلَ الدعوى، بَطَلَ الاستحلافُ.

والحاصلُ: أن صحَّةَ الدعوى متعلِّقةٌ بثبوتِ العَيْبِ، وثبوتُ العَيْبِ مُتعلِّقٌ بالدَّعوى، فلا يُتصَوَّرُ لا الدَّعْوَى، ولا ثبوتُ العَيْبِ في حقِّ البائع، وهذا إذا كان عيبًا لا يُشاهَدُ عندَ الخُصومةِ، فإنْ كان عيبًا مُشاهدًا لا يحدُثُ كَالْإِصْبَعِ الزائدةِ، والسِّنِّ الشَّاغِيةِ[٢]؛ له أنْ يَرُدَّ؛ لأنا تيقَّنَّا أنه كان عندَ البائعِ.

وإنْ كان عيبًا مُشاهَدًا يَحْدُثُ كالعَمَى، والشَّلَلِ، والقُرُوح، فإنْ كان يَعْلَمُ أهلُ البصَرِ[٣] أنه لا يَحْدُثُ مِن وَقْتِ التَّسْلِيم إلى المُشْتَرِي؛ له أنْ يَرُدَّه؛ لأنَّا تيقَّنَّا بكونِه في يدِ البائعِ، وإنْ كان في مُدَّةٍ يَحْتَمِلُ الحُدوثُ في يدِ المُشْتَرِي، وأنكر البائعُ كونَه في يدِه؛ فالقولُ قولُه معَ اليمينِ.

وإنِ ادَّعَى المُشْتَرِي الحَبَلَ والثِّيَابةَ[٤]، وقدِ اشترَاها بِكْرًا، فالقاضي يُرِيَها

---

(١) وقع في «غ»: «عند البَيْع».

(٢) السِّنُّ الشَّاغِيَة: هي الزائدة على الأسنان، وهي التي تُخالِف نبتَتُها نبْتَةَ غيرِها مِن الأسنان. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) وقع في «ن»: «أهل البصيرة». والذي بالأصل هو الموافق لِمَا وقَع في: «شرْح الجامع الكبير» لأبي نَصْر العَتَّابي [ق٢٥٧/ب/ مخطوط لجنة إحياء المعارف النعمانية - الهند/ (رقم الحفظ: ٦٧)].

(٤) الثِّيَابةُ: تُطْلَق في لسان الفقهاء في مقابل البَكارة، وهي زوال البكارة ولو مِن غير زوْج. وقد تقدم=

وَالْمُرَادُ بِهِ: التَّحْلِيفُ عَلَىٰ أَنَّهُ لَمْ يَأْبَقْ عِنْدَهُ؛ لِأَنَّ الْقَوْلَ وَإِنْ كَانَ قَوْلَهُ وَلَكِنْ إِنْكَارُهُ إِنَّمَا يُعْتَبَرُ بَعْدَ قِيَامِ الْعَيْبِ بِهِ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي وَمَعْرِفَتِهِ بِالْحُجَّةِ.

غاية البيان

امرأةً عدْلةً والثنتانِ أحْوَطُ، فإنْ أخبَرَتْ بذلك؛ يَسْمَعُ الدعوىٰ والخُصومةَ، وإنْ كان مِن وَقْتِ التَّسْلِيم مُدَّةٌ تحتَمِلُ الحُدوثَ في تلك المُدَّةِ، وأنكَر البائعُ كونَه في يدِه؛ فالقولُ قولُه، وإنْ كان مُدَّةً لا تَحْتَمِلُ الحدوثَ مِن وَقْتِ التَّسْلِيمِ؛ فكذلك لا يُرَدُّ بقولِ المرأةِ الواحدةِ.

وأمَّا بشهادةِ المرأتينِ: هل يُرَدُّ؟ علىٰ قياسِ قولِ أبي حنيفةَ [٩/٣٩ظ/د]: لا[(١)]، وعلىٰ قياسِ قولِهما: تُرَدُّ.

وإنْ كان داءً في باطنِه؛ فالقاضي يُرِي العدولَ، فإنْ شهد بذلك رَجُلان عدلان ـ وهو مما لا يَحْتَمِلُ حُدُوثُه مِن وَقْتِ التَّسْلِيم ـ يُرَدُّ، وإنْ كان مما يَحْتَمِلُ حدوثُه؛ لا يُرَدُّ إلا أن يَشْهَد شاهدان أنه كان عندَ البائعِ، والدعوىٰ الصحيحةُ: أن يُدَّعَىٰ العَيْبُ في يدِ البائعِ، وفي يدِه أيضًا[(٢)]. كذا ذكَر الزاهدُ العَتَّابِيُّ في «**شرح الجامع الكبير**».

قولُه: (وَالْمُرَادُ بِهِ: التَّحْلِيفُ [٥/١١٩ظ/م] **عَلَىٰ أَنَّهُ لَمْ يَأْبَقْ عِنْدَهُ)، أي**: المرادُ مِن قولِ محمَّدٍ: «لَمْ يُحَلَّفِ البائعُ حتىٰ يُقِيمَ المُشْتَرِي البَيِّنَةَ»: تَحْلِيفُ البائعِ علىٰ

= التعريف بذلك.

(١) بناء علىٰ أن عند أبي حنيفة: شهادةُ النساء حُجة فيما لا يطَّلع عليه الرجالُ، ولا يتعدَّىٰ إلىٰ ما يطَّلع عليه الرجال إلا بالضرورة، ولا ضرورة هنا، فلا يظهر العيبُ بشهادة النساء في حق الردِّ. كذا ذكَر: الْوَلْوَالِجيُّ في «فتاوَاه». كذا جاء في حاشية: «م»، و«د». وينظر: «الفتاوَىٰ الْوَلْوَالِجيَّة» [٣/٢٤٨ ـ ٢٤٩].

(٢) وقع في «ن»: «وفي قول يده أيضًا». والذي بالأصل هو الموافق لِمَا وقَع في: «شرْح الجامع الكبير» لأبي نَصْر العَتَّابي [ق٢٥٧/ب/ مخطوط لجنة إحياء المعارف النعمانية ـ الهند/ (رقم الحفظ: ٦٧)].

فَإِذَا أَقَامَهَا حلَفَ باللهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ إِلَيْهِ ، وَمَا أَبَقَ عِنْدَهُ قَطُّ ، كَذَا قَالَ فِي الْكِتَابِ ، وَإِنْ شَاءَ حَلَّفَهُ باللهِ: مَا لَهُ حَقُّ الرَّدِّ عَلَيْكَ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي يَدَّعِي ، أَوْ بِاللهِ مَا أَبَقَ عِنْدَكَ قَطُّ ، أَمَّا لَا يُحَلِّفُهُ باللهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبِ ، وَلَا باللهِ لَقَدْ بَاعَهُ وَسَلَّمَهُ وَمَا بِهِ هَذَا الْعَيْبُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَرْكَ النَّظَرِ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ قَدْ يَحْدُثُ بَعْدَ الْبَيْعِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَهُوَ مُوجِبٌ لِلرَّدِّ ، وَالْأَوَّلُ ذُهُولٌ عَنْهُ

غاية البيان

أن العبدَ لَمْ يَأبَقْ عندَ البائعِ . يَعْنِي: لا يُحَلَّفُ البائع ، ولا تتوجَّه عليه الخُصومَةُ ما لَمْ يَثْبُتِ العَيْبُ عندَ المُشْتَرِي أوَّلًا بِالحُجَّةِ ، **(إنْكَارُهُ)** . أي: إنكارَ البائعِ ، **(بِهِ)** . أي: بِالمبيعِ ، **(وَمَعْرِفَتِهِ)** ، أي: معرفةِ قيامِ العَيْبِ .

قولُه: **(فِي الْكِتَابِ)** ، أي: في «**الجامع الصغير**» .

قولُه: **(مَا لَهُ حَقُّ الرَّدِّ عَلَيْكَ مِنَ الْوَجْهِ الَّذِي يَدَّعِي)** ، أي: ليس للمُشْتَرِي حقُّ الرَّدِّ عليك أيها البائعُ بِالسَّبَبِ الذي يَدَّعِيه المُشْتَرِي .

قولُه: **(أَوْ بِاللهِ مَا أَبَقَ عِنْدَكَ قَطُّ)** .

يعني: أوْ حَلَّفَه القاضي بهذا الوجهِ ، فيَقُولُ البائعُ: باللهِ ما أَبَقَ عندِي قطُّ ، وإنما قال: عندَكَ ؛ لأن القاضيَ يُخاطِبُ البائعَ كذلك ، فإذا حلَف أضافَ إلى نفسِه وقال: عندِي .

قولُه: **(وَالْأَوَّلُ ذُهُولٌ عَنْهُ)** ، **أي**: التَّحْلِيفُ ـ بقولِه: باللهِ لقد باعَه وما به هذا العَيْبُ ـ غفلةٌ عن حدوثِ العَيْبِ بعدَ البَيْعِ قبلَ التَّسْلِيمِ ، فلأجْلِ هذا لا يُحَلَّفُ بهذا الوجهِ ؛ لأن العَيْبَ ربَّما لا يَكُونُ عندَ البائعِ ، ثم يَحْدُثُ قبلَ التَّسْلِيمِ ، وهو مُوجِبٌ للردِّ ، فإذا حلَف على أنَّ العَيْبَ [٩/٤٠و/د] لَمْ يَكُنْ عندَ البيعِ[1] ؛ يَتضرَّرُ المُشْتَرِي ؛ لأنَّ البائعَ صادقٌ في حَلِفِه ، فلا يَحْنَثُ .

---

(١) وقع بالأصل: «عند البائع» . والمثبت من: «ن» ، و«م» ، و«غ» .

وَالثَّانِي يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ فَيَتَأَوَّلُهُ فِي الْيَمِينِ عِنْدَ قِيَامِهِ وَقْتَ التَّسْلِيمِ دُونَ الْبَيْعِ.

وَلَوْ لَمْ يَجِدِ الْمُشْتَرِي بَيِّنَةً عَلَىٰ قِيَامِ الْعَيْبِ عِنْدَهُ، وَأَرَادَ تَحْلِيفَ الْبَائِعِ مَا يَعْلَمُ أَنَّهُ أَبَقَ عِنْدَهُ، يَحْلِفُ عَلَىٰ قَوْلِهِمَا.

وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله لَهُمَا أَنَّ الدَّعْوَىٰ مُعْتَبَرَةٌ حَتَّىٰ يَتَرَتَّبَ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ، فَكَذَا يَتَرَتَّبُ التَّحْلِيفُ. وَلَهُ عَلَىٰ مَا قَالَهُ الْبَعْضُ أَنَّ الْحَلِفَ يَتَرَتَّبُ عَلَىٰ دَعْوَىٰ صَحِيحَةٍ، وَلَيْسَ يَصِحُّ إِلَّا مَنْ خَصْمٍ وَلَا يَصِيرُ خَصْمًا فِيهِ إِلَّا بَعْدَ قِيَامِ الْعَيْبِ.

فَإِذَا نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ عِنْدَهُمَا يَحْلِفُ ثَانِيًا لِلرَّدِّ ....

غاية البيان

قولُه: (وَالثَّانِي [٢/٩٦ظ] يُوهِمُ تَعَلُّقَهُ بِالشَّرْطَيْنِ)، أي: التَّحْلِيفُ بقولِه: باللهِ لقد باعَه وسَلَّمه وما به هذا العَيْبُ، يُوهِمُ تعلُّقَ العَيْبِ بالأمرَيْنِ جميعًا. أَعْنِي: بالبَيْعِ والتَّسْليمِ. يعني: ربمَّا يَتأوَّلُ البائعُ ويَقُولُ: لَمْ يَكُنِ العَيْبُ عندَ الحالَتَيْن، بل عندَ التَّسْليمِ فحسبُ، فإذا حلَفَ علىٰ هذا الوجهِ؛ يَكُونُ صادِقًا ولا يَحْنَثُ؛ إذْ بانتفاءِ الجزءِ يَنْتَفِي الكلُّ، فيَتَضَرَّرُ المُشْتَرِي.

قولُه: (عِنْدَهُ)، أي: عندَ المُشْتَرِي.

قولُه: (وَاخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه)، أي: اختلَفَ المشايخُ في «شروح الجامع الكبير»، كأبي بكرٍ محمدِ بنِ حامدٍ، وقد مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (فَإِذَا نَكَلَ عَنِ الْيَمِينِ عِنْدَهُمَا)، أي: إذا نَكَلَ البائعُ عن اليَمينِ علىٰ وجودِ العَيْبِ عندَ المُشْتَرِي؛ يَثْبُتُ العَيْبُ عندَ المُشْتَرِي، فتَتَوَجَّهُ الخُصومةُ علىٰ البائعِ، فبَعْدَ ذلك إذا لَمْ يُقِمِ المُشْتَرِي البَيِّنَةَ علىٰ وجودِ العَيْبِ عندَ البائعِ، وأنكر

عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ.

قَالَ رضي الله عنه: إِذَا كَانَ الدَّعْوَى فِي إِبَاقِ الْكَبِيرِ؛ يُحَلَّفُ بِاللهِ مَا أَبَقَ مُنْذُ بَلَغَ مَبْلَغَ الرِّجَالِ؛ لِأَنَّ الْإِبَاقَ فِي الصِّغَرِ لَا يُوجِبُ رَدَّهُ بَعْدَ الْبُلُوغِ.

وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً وَتَقَابَضَا، فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا فَقَالَ الْبَائِعُ: بِعْتُكَ هَذِهِ وَأُخْرَى مَعَهَا، وَقَالَ الْمُشْتَرِي: بِعْتَنِيهَا وَحْدَهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ الِاخْتِلَافَ

هو العَيْبَ، يُحَلَّفُ للردِّ، وهذه اليمينُ تُسَمَّى: يَمِينَ الردِّ، فإِنْ حلَف برِئَ، وإِنْ نَكلَ يَثْبُتُ العَيْبُ عندَ البائعِ، فيُرَدُّ عليه.

[٥/١٢٠و/م] **قولُه: (عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي قَدَّمْنَاهُ)، أي:** يُحَلَّفُ على البتاتِ على ما قدَّمه مِن قولِه: باللهِ ما له حقُّ الردِّ عليك مِن الوجهِ الذي يدَّعِي، أوْ باللهِ ما أبَق عندَك قطُّ.

قولُه: (إِذَا كَانَ الدَّعْوَى فِي إِبَاقِ الْكَبِيرِ؛ يُحَلَّفُ بِاللهِ مَا أَبَقَ مُنْذُ بَلَغَ مَبْلَغَ الرِّجَالِ).

وذلك لأنَّ اتِّحادَ الحالةِ شرْطٌ في العُيُوبِ الثلاثةِ، فلا يَلْزَمُ الرَّدُّ مِن وجودِها عندَ المُشْتَرِي في الكِبَرِ [٩/٤٠ظ/د] إذا كان وجودُها عندَ البائعِ في الصِّغَرِ، فإذا حُلِّف البائعُ مطلقًا؛ يَكُونُ فيه تَرْكُ النظَرِ للبائعِ؛ لأنه يَمْتَنِعُ عن اليَمِينِ مطلقًا إذا وُجِدَتْ هذه العُيُوبُ عندَه في الصِّغَرِ، فافْهَمْ.

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَى جَارِيَةً وَتَقَابَضَا، فَوَجَدَ بِهَا عَيْبًا). وهذه مِن خواصِّ **«الجامع الصغير»**.

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: في رَجُلٍ اشْتَرَى مِن رَجُلٍ جَارِيةً بألفِ درهَمٍ، فقَبَض الجاريةَ ونقَدَ الألفَ، ثم وجَد بِالجاريةِ عيبًا،

فِي مِقْدَارِ الْمَقْبُوضِ، فَيَكُونُ الْقَوْلُ لِلْقَابِضِ، كَمَا فِي الْغَصْبِ، وَكَذَا إِذَا اتَّفَقَا عَلَىٰ مِقْدَارِ الْمَبِيعِ وَاخْتَلَفَا فِي الْمَقْبُوضِ لِمَا بَيَّنَّا.

وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً وَقَبَضَ أَحَدَهُمَا وَوَجَدَ بِالْآخَرِ عَيْبًا،

غاية البيان

فجاء يردُّها، فقال البائعُ: بعْتُك هذه وأُخرىٰ، وقد قبَضْتُهما، وقال المُشْتَرِي: إنما بِعْتَنِي هذه وحدَها، قال: القولُ قولُ المُشْتَرِي»[1]. هذا لفْظُ محمَّدٍ في أصلِ «**الجامع الصغير**»، أي: القولُ قولُ المُشْتَرِي مع اليمينِ؛ لأنَّ البائعَ يدَّعِي عليه الزيادةَ، والمُشْتَرِي يُنْكِرُها، وعلىٰ المُنْكِرِ اليمينُ بالحديثِ[2].

ولأن حاصلَ اختلافِهما واقِعٌ في مقدارِ المَقْبُوضِ، والقولُ قولُ القابضِ ضَمِينًا كان أوْ أَمِينًا؛ لأنه أعرفُ بما قبَضَه.

ألا تَرىٰ أن الغَاصِبَ لو أنكَر الزِّيادةَ في المَقْبُوضِ؛ كان القولُ قولَه، وكذا المُودَعُ إذا أنكَر الزيادةَ، ولوِ اتَّفَقا في مقدارِ البَيْعِ، واختلَفا في المَقْبُوضِ؛ كان القولُ قولَ المُشْتَرِي أيضًا لِمَا قُلنا، كما إذا اشْتَرَىٰ عبدَيْن، أوْ جاريتَيْن، واتَّفَقا علىٰ مقدارِ المَبِيعِ، ولكنِ اختلَفا في المَقْبُوضِ؛ فقال المُشْتَرِي: قبضْتُ أحدَهما لا غيرَ، وقال البائعُ: قبضْتَهما جميعًا.

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: **(فَيَكُونُ** [٩/٤١و/د] **الْقَوْلُ لِلْقَابِضِ كَمَا فِي الْغَصْبِ)**.

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدَيْنِ صَفْقَةً وَاحِدَةً...). إلىٰ آخرِه، وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﵁: في رَجُلٍ اشْتَرَىٰ مِن

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٥٠].

(٢) يشير إلىٰ الحديث المشهور: «البَيِّنَةُ عَلَى المُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ». وقد مضىٰ تخريجه.

فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُمَا أَوْ يَدَعُهُمَا؛ لِأَنَّ الصَّفْقَةَ تَتِمُّ بِقَبْضِهِمَا فَيَكُونُ تَفْرِيقُهَا قَبْلَ التَّمَامِ

رَجُل عبدَيْن صَفْقَةً واحدةً، فقبَض أحدَهما، ثم وجَد بالباقي عيبًا، فأراد ردَّه، قال: له أنْ [٢/٩٧و] يأخُذَهُما جميعًا، أوْ يرُدَّهما». هذا لفْظ محمدٍ ﵀ [٤/٢٢٠ظ/م] في أصلِ «**الجامع الصغير**»[١].

وأصلُ ذلك: أن تفريقَ الصَّفْقَةِ قبلَ التمامِ لا يَمْلِكُه أحدُ المتعاقِدَين على صاحبِه، ويَمْلِكُه في الفَسْخ، ألَا ترَى أنه يَجُوزُ الإقالةُ في عبْدٍ حيٍّ وميِّتٍ، ولا يَجُوزُ ابتداءُ البَيْعِ والحالةُ هذه. كذا قال النَّاطفيُّ في «**الأجناس**»[٢].

ثم لَمَّا لَمْ يَجُزْ تفريقُ الصَّفْقَةِ قبلَ التمامِ، فإذا ردَّ ما لَمْ يَقْبِضْ بالعَيْبِ؛ يَلْزَمُ تفريقُها قبلَهُ، فلا يَجُوزُ، وذلك لأنَّ العَقْدَ إنما يَتِمُّ بالقَبْضِ، ولهذا إذا هلَك قبْلَ القَبْضِ؛ يَكُونُ مِن ضَمانِ البائعِ، بخلافِ ما إذا هلَك بعدَ القَبْضِ، فإنه مِن ضَمانِ المُشْتَرِي، فلا يَلْزَمُ حينَئِذٍ تفريقُ الصَّفْقَةِ قبلَ التمامِ إذا ردَّ المَعِيبَ خاصَّةً بعد قَبْضِهِما جميعًا.

وهذا إذا وُجِدَ العَيْبُ في غيرِ المَقْبُوضِ، ولو وُجِدَ في المَقْبُوضِ: قالوا في «**شروح الجامع الصغير**»: اختلَف المشايخُ فيه، والصحيحُ أنه لا يَرُدُّ المَقْبُوضَ خاصَّةً.

يعني: إنْ شاء ردَّهما جميعًا، أوْ أخَذَهما، وذلك لأن الصَّفْقَةَ إنما تَتِمُّ بقَبْضِ المَبيعِ، وهو ههنا شيئانِ، فما لَمْ يَقْبِضْهُما جميعًا، لا تَتِمُّ الصَّفْقَةُ، فإذا ردَّ المَقْبُوضَ وحْدَه وهو [٩/٤١ظ/د] مَعِيبٌ؛ يَلْزَمُ التفريقُ، فلا يَجُوزُ، وهذا إذا وجَد بأحَدِهما عيبًا بعدَ قَبْضِ أحدِهما، أَمَّا إذا قبَضَهُما ثم وجَدَ بأحدِهما عيبًا؛ فله أنْ يُمْسِكَ الصحيحَ ويَرُدَّ المَعِيبَ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٥١].

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/ ٧٣].

. . . .

وقال زُفَرُ والشَّافِعِيُّ رحمهما الله: ليس له إلا أنْ يرُدَّهما[1]. كذا ذَكَر قولَهما في «**الإيضاح**»، وكذلك ذكَر شمسُ الأئِمَّةِ البَيْهَقِيُّ قولَ زُفرَ في «**الكفاية**».

وكذلك شمسُ الأئمَّةِ السَّرْخَسِيُّ في «**شرح الكافي**» قولَ زُفرَ، فقال: «على قولِ زُفرَ: يَرُدُّهما إنْ شاء؛ لأن ضَمَّ الرَّديءِ إلى الجَيِّدِ عادةٌ ظاهرةٌ، فلو ردَّ الردِيءَ خاصَّةً تضرَّرَ البائعُ»[2].

ولكن قال القُدُورِيُّ في كتابِ «التقريبِ»: قال أصحابُنا: إذا اشْتَرَىٰ عبدَيْنِ صَفْقَةً واحدةً، فوجَد بأحدِهما عيْبًا بعدَ القَبْضِ؛ ردَّه خاصَّةً، وإنْ كان قبْلَ القَبْضِ ردَّهما. وقال زُفَرُ رحمه الله: يَرُدُّ المَعِيبَ في الوجهين.

وعلَّلَ لِزُفرَ: بأن العَقْدَ صحَّ فيهما، والعَيْبُ وُجِدَ بأحَدِهما، فصار كما بعدَ القَبْضِ، وذكَر صاحبُ «**المختلف**»[3]، و«**المنظومة**»: مِثْلَ ما ذكَر القُدُورِيُّ، فيُحْمَلُ الاختلافُ في قولِ زُفَرَ على اختلافِ الروايةِ عنه.

وَجهُ قولِهما على ما في «الهداية»: القياسُ [١٢١/٥و/م] على ما قبْلَ القَبْضِ، وعلى خِيارِ الشَّرْطِ والرُّؤْيةِ، والجامعُ: دَفْعُ الضَّررِ؛ لأن العادةَ بينَ التُّجَّارِ ضَمُّ الجَيِّدِ إلى الرَّدِيءِ؛ لِرَوَاجِ الرَّدِيءِ، فإذا جاز رَدُّ أحدِهما دونَ الآخرِ؛ يَفُوتُ غرضُ البائعِ، وفيه ضرَرٌ.

ولنا: أن الصَّفْقةَ قبْلَ القَبْضِ لَمْ تَتِمَّ؛ بدليلِ أن الردَّ جاز بلا قضاءٍ، وبعدَ

---

(١) ولو رَضِيَ البائعُ بإفراد أحدهما، جاز على الأصح في مذهب الشافعي. ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٤٢٤/٣]، و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٩٣/٣]. و«الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٢٥٢/٥].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسيّ [١٠٢/١٣].

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٥١٤/٣ ـ ١٥١٥].

وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ؛ وَهَذَا لِأَنَّ الْقَبْضَ لَهُ شَبَهٌ بِالْعَقْدِ وَالتَّفْرِيقِ فِيهِ كَالتَّفْرِيقِ فِي الْعَقْدِ.

القَبْضِ تمَّتْ وتناهتْ، ولهذا لَمْ يَجُزِ الردُّ بلا قضاءٍ، فلَمْ يَتضمَّنِ الردُّ بعد ذلك تفريقَ صَفْقَةٍ، ولا إضرارًا بالبائعِ؛ لأنه تصرُّفٌ مُبْتدأٌ من المُشْتري على نفسِه، ففسَد القياسُ، والصَّفْقةُ لا تَتِمُّ معَ خِيارِ الشَّرْطِ والرُّؤْيةِ أيضًا، فبانَ الفرْقُ.

والدليلُ على ما قُلنا مِن جوازِ رَدِّ أحدِهما بعدَ قَبْضِهما: أن أحدَهما لو اسْتُحِقَّ كان له أنْ يَرُدَّهُ خاصَّةً دونَ الآخَرِ، وهذا الذي قلنا فيما إذا كان المُشْتَرىٰ شيئَيْن يُمْكِنُ الانتفاعُ بأحدِهما دونَ الآخَرِ، كالعبدَيْن والثوبَيْن.

أَمَّا إذا كان المُشْتَرىٰ شَيئَيْن لا يُمْكِنُ الانتفاعُ بأحدِهما دونَ [٢/٩٧ظ] الآخَرِ، كخُفَّيْن، ومِصْراعَيْ بابٍ، ونعلَيْن، فقبَضَهما، ثم وجَد بأحدِهما أوْ بهما عيبًا؛ ردَّهما إنْ شاء، أوْ أخَذهما، وليس له أنْ يَرُدَّ أحدَهما دونَ صاحبِه. كذا قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «**مختصره**»(١).

وذلك لأنه إذا ردَّ أحدَهما؛ يَلْزَمُ إلزامُ الضَّرَرِ، ونقَل [٩/٤٢و/د] في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**» عن «**شرح بيوع خُوَاهَر زَادَه** رَحِمَهُ اللَّهُ»: «إذا اشْتَرَىٰ خُفَّيْن، فوجَد أحدَهما ضيِّقًا، إنْ كان لا يَدْخُلُ لعِلَّةٍ في الرِّجلِ؛ ليس له أنْ يَرُدَّه، وإنْ لَمْ يَكُنْ كذلك؛ له أنْ يَرُدَّه».

قولُه: (وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ). إشارةٌ إلىٰ ما ذكَر قُبَيْلَ هذا البابِ بقولِه: (**بِخِلَافِ خِيَارِ الْعَيْبِ**). لأن الصَّفْقةَ تَتِمُّ مع خِيارِ العَيْبِ بعدَ القَبْضِ، وإنْ كانت لا تَتِمُّ قبْلَه.

قولُه: (وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْقَبْضَ لَهُ شَبَهٌ بِالْعَقْدِ). إشارةٌ إلىٰ قولِه: (**فَيَكُونُ تَفْرِيقُهَا قَبْلَ التَّمَامِ**)، يعني: إنما يَلْزَمُ التفريقُ قبْلَ التمامِ؛ لأنَّ القَبْضَ له شبَهٌ بِالعَقْدِ، فيَكُونُ التفريقُ قبْلَ القَبْضِ كالتفريقِ في العَقْدِ، وذلك لا يَجُوزُ، كما إذا قال: بعتُك هذَيْن

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٥٠].

وَلَوْ وَجَدَ فِي الْمَقْبُوضِ عَيْبًا اخْتَلَفُوا فِيهِ. وَرُوِيَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله أَنَّهُ يَرُدُّهُ خَاصَّةً، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَرُدُّهُمَا أَوْ يَأْخُذُهُمَا؛ لِأَنَّ تَمَامَ الصَّفْقَةِ تَعَلَّقَ بِقَبْضِ

العَبْدَيْن، وقال المُشْتَرِي: قَبِلْتُ أحدَهما، فكذلك هذا.

ووَجْهُ شبَهِ القَبضِ بالعَقْدِ: مِن حيثُ إن الضَّمانَ يَنتَقِلُ بالقَبْضِ منَ البائعِ إلى المُشْتَرِي، كما أن المِلْكَ يَنتَقِلُ بالعَقْدِ منه إليه، وكذلك يحْصُلُ له بالقَبْضِ مِلْكُ اليدِ، كما يحْصُلُ مِلْكُ الرقبةِ بالعَقْدِ.

قولُه: (وَلَوْ وَجَدَ فِي الْمَقْبُوضِ عَيْبًا اخْتَلَفُوا)، أي: اختلَفَ المشايخُ [٥/١٢١ظ/م] فيه، ورُوِيَ عن أبي يوسفَ: أنه يَرُدُّه خاصَّةً.

قال فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ: «وإنما ذَكَر في كتابِ «**البيوع**» في فصْلِ الاستحقاقِ: إذا قَبَضَ أحدَهما، ثم استُحِقَّ المَقْبُوضُ، أوْ غيرُ المَقْبُوضِ؛ له[1] أنْ يَرُدَّ الآخرَ، فصار ذلك دلالةً على العَيْبِ، وههنا نصَّ على حُكْمِ العَيْبِ، لكنه لَمْ يذْكُرِ العَيْبَ في المَقْبُوضِ، وهو مِثْلُ فصْلِ الاستحقاقِ». إلى هنا لَفْظُ فخرِ الإسلامِ».

ثم قال: «وعن أبي يوسفَ أنه قال: إنْ وجدَ العَيْبَ في المَقْبُوضِ؛ اُعْتُبِرَ الآخَرُ مقبوضًا، وإنْ وجدَ بغيرِ المَقْبُوضِ [٩/٤٢ظ/د]؛ اُعْتُبِرَ الآخَرُ غيرَ مَقْبُوضٍ، فيَرُدُّ المَعِيبَ خاصَّةً في الفصلِ الأوَّلِ، وفي الفصلِ الثاني: لَمْ يرُدَّهما إلا جملةً؛ لأن الوجهَيْن تعارَضَا، فوجَبَ العملُ بهما، **والصحيحُ**: جوابُ الكتابِ؛ لأنهما لَمَّا تعارَضا بقِيَ على ما كان»[2].

---

(١) أشار في حاشية: «ن» إلى أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «ليس له». وليس هذا بمُثْبَت في «شرح الجامع الصغير» لفخر الإسلام البزْدَوِيّ [ق ٢٤٢/أ/ مخطوط مكتبة أحمد الثالث ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٢٧)]. أو [ق ١٩٥/ب/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٦٢)].

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لفخر الإسلام البزْدَوِيّ [ق ٢٤٢/أ/ مخطوط مكتبة أحمد الثالث ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٢٧)].

الْمَبِيعِ وَهُوَ اسْمٌ لِلْكُلِّ فَصَارَ كَحَبْسِ الْمَبِيعِ لِمَا تَعَلَّقَ زَوَالُهُ بِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ لَا يَزُولُ دُونَ قَبْضِ جَمِيعِهِ.

وَلَوْ قَبَضَهُمَا ثُمَّ وَجَدَ بِأَحَدِهِمَا عَيْبًا يَرُدُّهُ [١١/ظ] خَاصَّةً؛ خِلَافًا لِزُفَرَ رحمه الله. هُوَ يَقُولُ: فِيهِ تَفْرِيقُ الصَّفْقَةِ وَلَا يَعْرَىٰ عَنْ ضَرَرٍ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ جَرَتْ بِضَمِّ الْجَيِّدِ إِلَى الرَّدِيءِ، فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَ الْقَبْضِ، وَخِيَارُ الرُّؤْيَةِ وَالشَّرْطِ. وَلَنَا: أَنَّهُ تَفْرِيقٌ بَعْدَ التَّمَامِ؛ لِأَنَّ بِالْقَبْضِ تَتِمُّ الصَّفْقَةُ فِي خِيَارِ الْعَيْبِ وَفِي خِيَارِ الرُّؤْيَةِ، والشَّرْطُ لَا تَتِمُّ بِهِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَلِهَذَا لَوْ اُسْتُحِقَّ أَحَدُهُمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الْآخَرَ.

وَمَنِ اشْتَرَىٰ شَيْئًا مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ، فَوَجَدَ بِبَعْضِهِ عَيْبًا رَدَّهُ كُلَّهُ، أَوْ أَخَذَهُ كُلَّهُ؛ لِأَنَّ الْمَكِيلَ إِذَا كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ فَهُوَ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ؛ أَلَا تَرَىٰ

غاية البيان

قولُه: (وَصَارَ كَحَبْسِ الْمَبِيعِ)، أي: صار تمامُ الصَّفْقةِ، كحَبْسِ المبيع. يعني: أن تمامَ الصَّفْقةِ لَمَّا تعلَّق بقَبْضِ المبيعِ؛ تعلَّق بكُلِّه لا ببَعْضِه، فما لَمْ يحْصُلْ قَبْضُ الكلِّ؛ لا تَتِمُّ، كحَبْسِ المَبِيعِ لَمَّا تعلَّق باستيفاءِ الثَّمنِ، تعلَّق بكُلِّه لا ببَعْضِه، فما لَمْ يحْصُلِ استيفاءُ كلِّ الثَّمَنِ؛ لا يزولُ حقُّ الحَبْسِ؛ اعتبارًا لأحدِ العِوَضَيْنِ بالآخرِ.

قولُه: (وَلَا يَعْرَىٰ)، أي: تفريقُ الصَّفْقَةِ.

قولُه: (لَا تَتِمُّ بِهِ)، أي: لا تَتِمُّ الصَّفْقَةُ بخيارِ الرُّؤْيةِ والشَّرْطِ.

قولُه: (وَلِهَذَا لَوْ اُسْتُحِقَّ أَحَدُهُمَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ الْآخَرَ)، أي: بعدَ قَبْضِهِما، وهذا إيضاحٌ لقولِه: (تَفْرِيقٌ بَعْدَ التَّمامِ).

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ شَيْئًا مِمَّا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ، فَوَجَدَ بِبَعْضِهِ عَيْبًا؛ رَدَّهُ كُلَّهُ، أَوْ أَخَذَهُ كُلَّهُ).

أَنَّهُ يُسَمَّىٰ بِاسْمٍ وَاحِدٍ، ....

قال فخرُ الإسلامِ البَزْدَويُّ في «شرح الجامع الصغير»: «تفسيرُ هذا: إذا كان في وعاءٍ واحدٍ؛ لأن تمييزَ المَعِيبِ من غيرِه يُوجِبُ زيادةَ عَيْبٍ في المَعِيبِ، فيصيرُ ردًّا بعَيْبٍ حادثٍ، فلا يَصِحُّ، فأَمَّا إذا كان في وعاءَين، فوجَد بأحدِهما عيبًا؛ فلا بأسَ بأنْ يَرُدَّه [٢/٩٨و] إذا كان قَبَضَهُما؛ لأن ذلك لا يُوجِبُ عيبًا زائدًا»[1].

وقال الفقيهُ أبو الليثِ السَّمَرْقَنْدِيُّ في شرْحه لـ«**الجامع الصغير**»: «قال بعضُ المشايخ: معنىٰ هذا أن المَعِيبَ إذا كان مختَلِطًا بالذي لا عَيْبَ به، فليس [٩/٤٣و/د] له أنْ يَرُدَّ المَعِيبَ؛ لأنه لو مَيَّزَ المَعِيبَ ورَدَّه علىٰ البائعِ؛ كان ذلك إضرارًا بالبائعِ، وأَمَّا إذا كان المَعِيبُ في جُوَالِقَ، والجَيِّدُ في جُوَالِق؛ فله أنْ يَرُدَّ المَعِيبَ خاصَّةً [٥/١٢٢و/م]؛ لأنه بمنزلةِ شَيْئَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ».

ثم قال الفقيهُ أبو الليث: «وهذا التأويلُ يَصِحُّ علىٰ قولِ محمَّدٍ خاصَّةً؛ وإحدىٰ الروايَتَيْنِ عن أبي يوسفَ، وعلىٰ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه: لا يَصِحُّ هذا التأويلُ؛ لأنه روىٰ الحسنُ بنُ زيادٍ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه في «**المجرَّد**»: أن رَجُلًا لوِ اشْتَرَىٰ أعْدالًا[2] مِن ثَمَرٍ[3]، فوجَد بعِدْلٍ منها عيبًا، فإنْ كان الثَّمَرُ[4] كلُّه مِن جنسٍ واحدٍ؛ ليس له أنْ يَرُدَّ المَعِيبَ خاصَّةً؛ لأن الثَّمرَ إذا كان مِن جنسٍ واحدٍ، فهو بمنزلةِ شيءٍ واحدٍ، فليس له أنْ يَرُدَّ بعضَه دونَ البعضِ، وتلك الروايةُ موافقةٌ [لظاهرِ][5]

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لفخر الإسلام البزْدَوِيّ [ق ٢٤٢/أ/ مخطوط مكتبة أحمد الثالث ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٢٧)].

(٢) **الأعْدَال**: جَمْعُ عِدْل، وهو نِصْفُ الحِمْل يكونُ علىٰ أحد جَنْبَي البعير. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٤٧٣/١٥/مادة: عدل].

(٣) وقع بالأصل: «مِن ثَمَرٍ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٤) وقع بالأصل: «كان الثَّمَرُ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٥) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

وَهُوَ الْكُرُّ وَنَحْوُهُ. وَقِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَ فِي وِعَاءٍ وَاحِدٍ، فَإِذَا كَانَ فِي وِعَاءَيْنِ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ عَبْدَيْنِ حَتَّىٰ يَرُدَّ الْوِعَاءَ الَّذِي وُجِدَ فِيهِ الْعَيْبُ دُونَ الْآخَرِ.

وَلَوِ اسْتُحِقَّ بَعْضُهُ؛ فَلَا خِيَارَ لَهُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّهُ التَّبْعِيضُ، وَالِاسْتِحْقَاقُ لَا يَمْنَعُ تَمَامَ الصَّفْقَةِ؛ لِأَنَّ تَمَامَهَا بِرِضَا الْعَاقِدِ لَا بِرِضَا الْمَالِكِ، وَهَذَا إِذَا كَانَ بَعْدَ الْقَبْضِ، أَمَّا لَوْ كَانَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّ الْبَاقِي لِتَفَرُّقِ

غاية البيان

هذه الروايةِ». إلىٰ هنا لفظُ الفقيهِ.

ونقَل النَّاطِفِيُّ في «**الأجناس**» عن «**البيوع**» - إملاء روايةِ بِشْرِ بنِ الوليدِ -: لو اشْتَرَىٰ زِقَّيْن مِن السَّمْنِ، أوْ سَلَّتَيْن مِن زَعْفَرَانَ، أوْ حِمْلَيْن مِن القُطْنِ أو الشَّعيرِ، وقد قَبَض الجميعَ؛ له ردُّ المَعِيبِ خاصَّةً، إلا أن يَكُونَ هذا والآخَرُ علىٰ سواءٍ، فإمَّا أنْ يَرُدَّ كلَّه، أوْ يَتْرُكَ كلَّه.

ونقَل أيضًا عن «**بيوع الأصل**»[1] - في خِيارِ الشَّرْطِ والرُّؤْيةِ -: ليس له ردُّ بعْضِه، سواءٌ كان مكيلًا، أوْ مَوْزُونًا، أوْ ثيابًا أو غيرَه، قبْلَ القَبْضِ أوْ [٩/٤٣ظ/د] بعْدَه[2].

قولُه: (الْكُرُّ[3] وَنَحْوُهُ)، أوْ نحوُ الكُرِّ، أراد بنحوِه: الصُّبْرَةَ، واحترَز بكونِ المَكيلِ من جنسٍ واحدٍ: عمَّا إذا كان المَكِيلُ جنسَيْن، كالحِنْطَةِ والشَّعيرِ، فإنهما لا يُجْعَلانِ كشيءٍ واحدٍ، حتَّىٰ لا يَكُونَ للمُشْتَرِي إلا ردُّ المَعِيبِ خاصَّةً.

قولُه: (وَقِيلَ: هَذَا إِذَا كَانَ فِي وِعَاءٍ وَاحِدٍ)، مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (وَلَوِ اسْتُحِقَّ بَعْضُهُ؛ فَلَا خِيَارَ لَهُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ)، أي: بعضِ ما يُكَالُ

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن [٥/١٣٥].

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٧٤].

(٣) **الكُرُّ**: مكيالٌ لأَهل العراق، أَو ستُّونَ قفيزًا، أَوْ أَربعونَ إِردَبًّا. ينظر: «المعجم الوسيط» [٢/٧٨٢].

. . . .

أَوْ يُوزَنُ.

وصورةُ المسألةِ في «الجامع الصغير»: «محمد عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: في الرَّجُلِ يَشْتَرِي الشيءَ مما يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ مِن الطعامِ، فيَقْبِضُهُ فيُسْتَحَقُّ بعضُه، قال: لا يَكُونُ له الخِيارُ في رَدِّه، وإنْ كان ثوبًا فله الخِيارُ»[1].

ومسألةُ المَكِيلِ والمَوْزُونِ من الخواصِّ، وإنما لَمْ يَكُنْ له الخِيارُ في ردِّ ما بقِيَ؛ لأنه لا ضررَ للمُشْتَرِي فيه، فصار كما إذا اشْتَرَىٰ شَيْئَيْن فاسْتُحِقَّ أحدُهما، لَزِمَهُ البَاقِي بحِصَّتِه، فكذا هذا، بخلافِ الرَّدِّ بِالعَيْبِ، فإنه يُرَدُّ الكلَّ إذا وجَد بعضَ الصُّبْرَةِ معيبًا؛ لأن قِسْمتَه وتفريقَه تُوجِبُ زيادةَ عَيْبٍ في المَعِيبِ، فيَلْزَمُ الرَّدُّ بعَيْبٍ حادثٍ، فلا يَجُوزُ، والباقِي بعدَ المُسْتَحقِّ ليس بمَعِيبٍ، فلا يَلْزَمُ مِن [٥/١٢٢ظ/م] قِسْمَتِه ضررٌ ولا نُقْصَانٌ.

وقال الفقيهُ أبو الليثِ رحمه الله **في «شرح الجامع الصغير»**: «رُوِيَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: أن المُشْتَرِيَ بِالخِيارِ في الباقِي». يعني: بعدَ اسْتِحْقَاقِ بعضِ المكيلِ، أو الموزونِ؛ لأنه جعَل الكيليَّ والوزنيَّ إذا كانا مِن جنسٍ واحدٍ، بمنزلةِ شيءٍ واحدٍ، كما قال في الردِّ بِالعَيْبِ: إنه يَرُدُّ الكلَّ، فكذلك في الِاسْتِحْقَاقِ، ولأن الشَّرِكةَ تُوجِبُ مُؤنةَ القسمةِ؛ وذلك ضررٌ لِلْمُشْتَرِي.

وأمَّا إذا [٩/٤٤و/د] استُحِقَّ بعضُ الثَّوْبِ [٢/٩٨ظ]؛ فله الخِيارُ في ردِّ الباقِي؛ لأن الشَّركةَ فيه عَيْبٌ؛ لأنه لا يُرْغَبُ في بعْضِه، كما يُرغَبُ في الكُلِّ، وإنما قيَّد بالثوبِ؛ لأنه في اسْتِحْقَاقِ أحدِ الثوبَيْن بعدَ القَبْضِ لا خِيارَ له في ردِّ الباقي؛ لأنه لا يُعَدُّ عيبًا في الباقي.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٣٦].

وَإِنْ كَانَ ثَوْبًا فَلَهُ الْخِيَارُ؛ لِأَنَّ التَّشْقِيصَ فِيهِ عَيْبٌ، وَقَدْ كَانَ وَقْتَ الْبَيْعِ حَيْثُ ظَهَرَ الِاسْتِحْقَاقُ، بِخِلَافِ الْمَكِيلِ وَالْمَوْزُونِ.

وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً فَوَجَدَ بِهَا قُرْحًا فَدَاوَاهَا، أَوْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا فِي حَاجَةٍ؛ فَهُوَ رِضًا ....

غاية البيان

قولُه: (فِيهِ)، أي: في الثَّوْبِ الواحدِ.

قولُه: (وَقَدْ كَانَ وَقْتَ الْبَيْعِ)، أي: كان التَّشْقِيصُ، أراد به: التَّبْعِيضُ.

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً فَوَجَدَ بِهَا قُرْحًا فَدَاوَاهَا، أَوْ كَانَتْ دَابَّةً فَرَكِبَهَا فِي حَاجَةٍ؛ فَهُوَ رِضًا).

وصورةُ المسألةِ في «الجامع الصغير»: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: في الرَّجُلِ يَشْتَرِي الجاريةَ، فيَجِدُ بها جُرْحًا فيُدَاوِيه، أَوْ تَكُونُ دَابَّةً فيركَبُهَا إلىٰ حاجةٍ، قال: هذا رضًا»[1]. هذا لَفْظُ محمَّدٍ في أصلِ «الجامع الصغير».

أمَّا مسألةُ المُدَاواةِ: فهي مِن الخواصِّ، وإنما كانتِ المُدَاواةُ رضًا؛ لأنه دليلٌ علىٰ استبقاءِ[2] المِلْكِ، وإمساكِ العينِ، لكن هذا إذا أراد الردَّ بذلك الجرْحِ، أمَّا إذا أراد الردَّ بعَيْبٍ آخرَ فله ذلك؛ لأنه لَمْ يُوجَدْ منه الرِّضا بعَيْبٍ آخرَ.

وأمَّا الرُّكُوبُ لحاجةِ نفْسِه: فإنه دليلُ الرِّضا بِالعَيْبِ، وكذلك كلُّ رُكُوبٍ ليس من أسبابِ الردِّ، فإنه دليلُ الرِّضا أيضًا؛ لأنه تصرَّفَ فيه تصرُّفَ المُلَّاكِ، بخلافِ ما إذا ركِبَها وقدِ اشتراها بشَرْطِ الخِيارِ، حيثُ لا يَكُونُ الرُّكُوبُ مسقطًا للخِيارِ؛ لأنَّ المقصودَ من الخِيارِ الامتحانُ والاختبارُ، وذلك بالاستعمالِ، فلَمْ يَكُنِ الرُّكُوبُ رضًا؛ لكونِه مقصودًا من الخِيارِ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٥١].

(٢) وقع بالأصل: «علىٰ استيقاء». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ».

لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ قَصْدِ الِاسْتِبْقَاءِ بِخِلَافِ خِيَارِ الشَّرْطِ؛ لِأَنَّ الْخِيَارَ هُنَالِكَ لِلِاخْتِيَارِ،

غاية البيان

وأمَّا إذا ركبها ليردَّها [٩/٤٤ظ/د] أوْ ليسْقِيَها أوْ يَشْتَرِي لها عَلَفًا: فليس برضًا؛ لأن في الرُّكُوب ضَبْطُ الدَّابَّة، وهو أحفَظ لها، وفي السَّقْي والعَلَفِ منفعةُ الدَّابَّة، فلَمْ يُجْعَلِ الرُّكُوبُ رضًا استحسانًا، كما قالوا في مسألةِ البيوعِ: إذا وجَد بالجاريةِ عيبًا، ثم استخدَمها؛ لا يُجْعَلُ ذلك رضًا استحسانًا.

قال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «نُسْخَتِه»[1]: «الاستخدامُ بعدَ العلْم بِالعَيْبِ مرَّةً ليس برضًا استحسانًا، والصحيحُ: أن المرَّةَ الثانيةَ دليلُ الرِّضا»[2]. كذا في «**خلاصة** [٥/١٢٣و/م] **الفتاوىٰ**»[3].

قالوا في الرُّكُوبِ لِلسَّقْي واشتراءِ العَلَفِ: هذا محمولٌ علىٰ ما إذا لَمْ يَجِدْ مِن الرُّكُوبِ بُدًّا لعَجْزِ نفْسِه، أوْ لصعوبةِ الدَّابَّةِ، أوْ لكونِ العَلَفِ في عِدْلٍ واحدٍ، فأمَّا إذا وجَد منه بُدًّا، أوْ كان[4] العَلَفُ في عِدْلَيْن؛ كان الرُّكُوبُ رضًا.

وقال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «فلو حمَلَ عَلَفَ دابَّةٍ أُخرىٰ، [و][5] ركِبَها، أوْ لَمْ يَرْكَبْهَا؛ فهو رضًا»[6].

قولُه: (لِأَنَّ ذَلِكَ دَلِيلُ قَصْدِ الِاسْتِبْقَاءِ)، أي: لأن المُداواةَ والرُّكُوبَ دليلُ قَصْدِ استبقاءِ المِلْكِ، واستبقاؤُه علىٰ مِلْكِه ـ بعدَ العِلْمِ بِالعَيْب ـ رضًا.

قولُه: (هُنَالِكَ لِلِاخْتِيَارِ)، أي: في شَرْط الخِيار لأجْلِ الامتحانِ.

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسرخسيّ [١٣/٩٩].

(٢) **يعني**: في كتابه ـ وهو «المبسوط» ـ وهم يُعَبِّرون بالنسخة أو النُّسَخ: عن الكتاب أو الكتب.

(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ١٩٥].

(٤) وقع بالأصل: «وكان». والمثبت من: «ن»، و«م».

(٥) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «خلاصة الفتاوىٰ» لافتخار الدين البخَاريّ [ق٢٠٢/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٩٤٤)].

(٦) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ١٩٥] مخطوط مكتبة فيض الله.

وَأَنَّهُ بِالِاسْتِعْمَالِ، فَلَا يَكُونُ الرُّكُوبُ لَهَا مُسْقِطًا.

وَإِنْ رَكِبَهَا لِيَرُدَّهَا عَلَىٰ بَائِعِهَا أَوْ لِيَسْقِيَهَا أَوْ لِيَشْتَرِيَ لَهَا عَلَفًا فَلَيْسَ بِرِضًا، أَمَّا الرُّكُوبُ لِلرَّدِّ؛ فَلِأَنَّهُ سَبَبُ الرَّدِّ، وَالْجَوَابُ فِي السَّقْيِ وَاشْتِرَاءِ الْعَلَفِ مَحْمُولٌ عَلَىٰ مَا إِذَا كَانَ لَا يَجِدُ بُدًّا مِنْهُ، إِمَّا لِصُعُوبَتِهَا أَوْ لِعَجْزِهِ أَوْ لِكَوْنِ الْعَلَفِ فِي عِدْلٍ وَاحِدٍ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ يَجِدُ بُدًّا مِنْهُ؛ لِانْعِدَامِ مَا ذَكَرْنَاهُ يَكُونُ رِضًا.

وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ، فَقُطِعَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي؛ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَيَأْخُذَ الثَّمَنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله. وَقَالَا: يَرْجِعُ بِمَا بَيْنَ قِيمَتِهِ سَارِقًا إِلَىٰ غَيْرِ سَارِقٍ؛

غاية البيان

قولُه: (فَلَا يَكُونُ الرُّكُوبُ لها مُسْقِطًا)، أي: لا يَكُونُ الرُّكُوبُ للدَّابَّةِ مُسْقِطًا للخِيارِ.

قولُه: (لِصُعُوبَتِهَا)، أي: لصعوبةِ الدَّابَّةِ، بأنْ تَكُونَ شَمُوسًا[1]، (أَوْ لِعَجْزِهِ). أي: لعَجْزِ المُشْتَرِي عن الشيءِ.

فالحاصلُ: أنه إذا لَمْ يَجِدْ بُدًّا مِن الرُّكُوبِ؛ كان الرُّكُوبُ مِن أسبابِ الردِّ، فلا يَكُونُ رضًا.

قال ابنُ دُرَيْدٍ: «العِدْلُ: العِكْمُ إذا عُدِلَ بمِثْلِه»[2].

قولُه: (وَمَنِ اشْتَرَىٰ عَبْدًا قَدْ سَرَقَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ، فَقُطِعَ عِنْدَ الْمُشْتَرِي؛ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ وَيَأْخُذَ [٩/٤٥و/د] الثَّمَنَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)، وهذه من مسائلِ «الجامع [٢/٩٩و] الصغير».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: في رَجُلٍ باع عبدًا قد سرَق، ولَمْ يعْلَمِ المُشْتَرِي، فقُطِعَ في يدِ المُشْتَرِي، قال: له أنْ يَرُدَّه على البائعِ.

(١) الدابةُ الشَّمُوس: هي النافِرة الجامِحة. وجَمْعُها: شُمْسٌ. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٤٩٥].

(٢) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٢/٦٦٣].

. . . .

وقال يعقوبُ ومحمدٌ: لا يَقْدِرُ علىٰ رَدِّه، ولكنْ يَرْجِعُ بِنُقْصَانِ عَيْبِه، ما بينَ قيمتِه سارِقًا إلىٰ غيرِ سارقٍ»[١]. هذا لفْظُ أصلِ «**الجامع الصغير**».

وقال فخرُ الإسلامِ البَزْدَويُّ في «شرح الجامع الصغير»: «وكذلك لو وجدَه مباحَ الدَّمِ، فقُتِل عندَ المُشْتَرِي بذلك؛ رجَع بجميعِ الثَّمنِ عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه، وعندَهما: رجَع بحِصَّةِ العَيْبِ، وهي حِصَّةُ ما بينَ مباحِ الدَّمِ إلىٰ معصومِ الدَّمِ، وفسَّرَ إباحةَ الدَّمِ بقَتْلِ العَمْدِ عندَ البائعِ، أو الردَّةِ، أوْ قَطْعِ الطريقِ بقَتْلٍ»[٢].

وقال محمدٌ في «الأصل»: «وإذا اشْتَرَىٰ الرَّجُلُ عبدًا قد حَلَّ دمُه بقِصَاصٍ، فقُتِلَ عندَه؛ فإنه يَرْجِعُ علىٰ البائعِ بالثَّمنِ كلِّه، وكذلك لو كان مُرْتَدًّا فقُتِلَ عندَه، ولو باعَه وهو سارقٌ فقُطِعَتْ يدُه عندَه، كان له أنْ يَرُدَّه، ويَأْخُذَ الثَّمنَ كلَّهُ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ رضي الله عنه.

وقال أبو يوسفَ ومحمد رحمهما الله: إنه يُقَوَّم سارِقًا ويُقَوَّم غيرَ سارقٍ، ثم يَرْجِعُ بفَضْلِ ما بينَهُما مِن الثَّمنِ، ولا يَسْتَطِيعُ أنْ يَرُدَّه [٥/١٢٣ظ/م] بعدَ القطعِ، وكذلك حلالُ الدَّمِ»[٣]. إلىٰ هنا لفْظُ «**الأصل**».

وهكذا أُثْبِتَ الروايةُ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه في عامَّةِ «**شروح الجامع الصغير**»، وفي «**المنظومة**»، و«**الحصر**»[٤].

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٥٢].

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لفخر الإسلام البزْدَوِيّ [ق ٢٤٢/أ/ مخطوط مكتبة أحمد الثالث ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٢٧)].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٥/١٩٦].

(٤) قد ظفرنا بهذا النقل في: «حَصْرُ المسائل وقَصْرُ الدلائل/ شَرْح منظومة الخلاف للنسفي» لعلاء الدين محمد بن عبد الحميد السمرقنديّ [ق ٣٨/أ/ مخطوط فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحِفْظ: ٨٣٥)]. =

. . . .

وذكَر في[1] «**المختلف**»[2] فيما إذا قُطِعَتْ يدُه عندَ المُشْتَرِي بسرقةٍ عندَ البائعِ: أنه يَرْجِعُ بنِصْفِ الثَّمَنِ عندَ أبي حنيفةَ، وقد ذكَر في بعضِ نُسَخِ «**المنظومة**»[3] كذلك [٩/٤٥ظ/د] أيضًا؛ حيثُ قال[4]:

ويُسْـــتَرَدُّ النِّصْـــفُ فِـــيمَنْ يُقْطَـعُ

وليس هذا في الحقيقةِ باختلافِ في الروايةِ؛ لأن المُشْتَرِيَ له الخِيارُ بعدَ القطعِ بينَ الرَّدِّ والإمساكِ، فإنْ رَدَّ العبدَ أخَذَ كلَّ الثَّمنِ، وإنْ لَمْ يُرَدَّ استَرَدَّ نِصْفَ الثَّمَنِ؛ لأن اليدَ مِن الآدَمِيِّ نصْفُه.

ولهذا قال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: ولو قُطِعَتْ يدُه بعدَ

= **ولا يلزم مِن هذا**: أن يكون هو مراد المؤلف مطلقًا مِن العزو إلى «الحَصْر»، فقد مضى أن هناك أيضًا: «حَصْر المسائل». للإمام أبي الليث نصر بن محمد السمرقَنْدِيّ الفقيه. وقد سبَقَ وأشرْنا إلى أن الأقرب إلى مراد المؤلِّف: هو كتاب أبي الليث السمرقَنْدِيّ.

(١) وقع في «غ»: «وذكر في».

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٤٥٢].

(٣) السائدُ في جملة مِن نُسَخ «المنظومة» التي وقَفْنا عليها هكذا:

وَرَدَّ وَاسْـــتَرَدَّ فِـــيمَنْ يُقْطَـــعُ ✤ وَفِيهِمَـــا بِـــالنَّقْصِ قَـــالَا يَرْجِـــعُ

ينظر: «منظومة الخلاف» لأبي حفص النسفي [ق٢٦/ب/ مخطوط ولي الدين أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٧٢)]. و[ق١٧/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٨٨٥)]، و«منظومة الخلاف/ مع شرْح الزوزَنِيِّ» [ق٤١/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٣٢)].

(٤) وهكذا وقَع صدْرُ هذا البيت في: «منظومة الخلاف/ مع شَرْحها المسَمَّى بـ: حَصْر المسائل وقَصْر الدلائل لعلاء الدين السمرقندِيِّ» لأبي حفص النسفي [ق٣٨/ب/ مخطوط فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحِفْظ: ٨٣٥)].

وأشار إليه أيضًا: بعض النُّسَّاخ في حاشيته على: «منظومة الخلاف» [ق٢١/ب/ مخطوط ولي الدين أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٧١)]. وذكَر أنه وقَع هكذا في بعض النُّسَخ.

. . . .

القَبْضِ والتَّسْلِيمِ، والمُشْتَرِي غيرُ عالم بذلك وَقْتَ العَقْدِ، ولا وَقْتَ القَبْضِ؛ إنْ شاء رَضِيَ بالعبدِ الأقطعِ بنِصْفِ الثَّمنِ، وإنْ شاء تركَ.

وفي قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ: لا يَرُدُّهُ، ولكنَّه يَرْجعُ بنُقْصَانِ العَيْبِ، يُقَوَّمُ عبدًا قد وجَبَ عليه القطعُ، وعبدًا لَمْ يَجِبْ عليه القطعُ، ويرْجعُ بإزاءِ النُّقْصَانِ من الثَّمنِ، إلا إذا رَضِيَ البائعُ أنْ يَرُدَّه هكذا مقطوعًا، فيَرُدَّه عليه ويَرْجعُ بجميعِ الثَّمنِ، ولو كان المُشْتَرِي عالمًا بذلك وَقْتَ العَقْدِ، أوْ بعدَ العَقْدِ قبْلَ القَبْضِ؛ صار راضيًا بالعَيْبِ، فلا يَرْجعُ علىٰ بائعِه بشيءٍ في قولهم جميعًا. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**».

والحاصلُ: أن أبا حنيفةَ رضي الله عنه أجرىٰ كونَه مُسْتَحقَّ القطعِ، أوْ مباحَ الدَّمِ بمنزلةِ الاِسْتِحْقَاقِ، وهما جَعَلا ذلك بمنزلةِ العَيْبِ.

وَجهُ قولِهما: أن تلَفَ المَبِيعِ، أوْ عضْوَه مضافٌ إلىٰ أمْرٍ حادثٍ في ضَمانِ المُشْتَرِي، وهو الإتلافُ، فيُقْتَصرُ علىٰ ما بعدَ القَبْضِ، ولا يُضافُ إلىٰ البائعِ، ولا يجْرِي مَجْرَىٰ الاِسْتِحْقَاقِ.

غايةُ ما في البابِ: أن سببَ القتلِ أو القطعِ وُجِدَ في يدِ البائعِ، وليس ذلك بمُنافٍ للماليَّةِ، ولهذا لو مات قبلَ اسْتِيفَاءِ القتلِ أو القطعِ؛ يتقرَّرُ الثَّمنُ علىٰ [٩٩/٢ظ] المُشْتَرِي، ويَصِحُّ البَيْعُ وإنْ أباه [٤٦/٩و/د] وَلِيُّ القِصاصِ، ويَصِحُّ تصَرُّفُ المُشْتَرِي، فدلَّ علىٰ عدمِ المُنافاةِ، فإذا لَمْ تَثْبُتِ المُنافاةُ للماليَّةِ؛ نَفَذَ البَيْعُ، فلَمْ يَظْهَرْ أنَّ البَيْعَ كان باطلًا، فلَمْ يسْتردَّ [١٢٤/٥و/م] الثَّمنُ، لكن المبيعَ لَمَّا كان مَعِيبًا؛ وجَبَ الرُّجُوعُ بنُقْصانِ العَيْبِ عندَ تعَذُّرِ ردِّ المبيعِ.

أمَّا التعَذُّرُ في صورةِ القتلِ: فظاهرٌ، وكذا في صورةِ قَطْعِ اليدِ؛ لأنَّ الاِسْتِيفاءَ غيرُ الوجُوبِ، فكان بمنزلةِ عَيْبٍ حادثٍ عندَ المُشْتَرِي، والعَيْبُ الحادثُ عنده

....

يَمْنَعُ الردَّ، ولكنه يَرْجعُ بِنقْصانِ عَيْبِ السَّرقةِ، لا بِنُقْصانِ القطعِ، وبه صَرَّح الزاهدُ العَتَّابيُّ؛ لأن القطعَ - وإنْ كان مضافًا إلى السَّرقةِ؛ لأنه يُسْتَحقُّ بها - لَمْ يَكُنْ فَوَاتُ الماليَّةِ في ضِمْنِه مضافًا إليها؛ لأن السَّرقةَ لا تُفَوِّتِ الماليَّةَ لِمَا قُلنا، والقطعُ يَسْتَحقُّ مِنِ حيثُ إنه آدَمِيٌّ لا من حيثُ إنه مالٌ، فلهذا وجَبَ الرُّجُوعُ بِنُقْصانِ عَيْبِ السَّرقةِ، لا عَيْبِ القطْعِ.

وهذا كما لوِ اشْتَرَىٰ جاريةً حاملًا، فولدَتْ عندَ المُشْتَرِي، فماتَت في نُفاسِها، وقد دلَّسَ البائعُ الحَمْلَ، لا يَرْجِعُ بجميعِ الثَّمنِ، فكذا هنا، وكذا لو حُمَّتْ عندَ البائعِ فماتتْ مِن الحُمَّىٰ عندَ المُشْتَرِي.

ووَجهُ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه: أن سببَ وجوبِ القطعِ أو القتلِ - وهو السَّرقةُ أو القتلُ العَمْدُ ونحوُه - وُجِدَ في ضَمانِ البائعِ، فكان كالهلاكِ عندَ البائعِ، ونُزِّل منزلةَ الِاسْتِحْقَاقِ، فيسْتَنِدُ الحُكْمُ إليه، فيَظْهرُ أنه باع ما ليس بمحلٍّ للبَيْعِ، أوْ باع مقطوعَ اليدِ، فيَرْجعُ بجميعِ الثَّمنِ، كما لو استُحِقَّ بعضُ العبدِ فردَّه، حيثُ يَرْجعُ بالثَّمنِ كلِّه، فكذا هنا، وهذا لأن الوُجُوبَ لَمَّا كان لسببٍ في ضَمانِ البائعِ - [٩/٤٦ظ/د] والوُجُوبُ يُفْضِي إلىٰ الوجودِ - صار كأن الوجودَ حَصَلَ في يدِ البائعِ، باستنادِ الوجودِ إلىٰ السَّببِ السابقِ، فنزَلَ منزلةَ الِاسْتِحْقَاقِ، فهُنالكَ يَرْجعُ بالثَّمنِ كلِّه، فكذا هنا.

أوْ نقولُ: إن التَّسْلِيمَ لَمْ يَصِحَّ؛ لأنه مُسْتَحقُّ القطعِ أو القتلِ، فصار كأن الِاسْتِيفاءَ حَصَل قبلَ القَبْضِ، وهذا كمَنْ غَصَبَ عبدًا فقتَل العبدُ عندَ الغاصبِ رَجُلًا عمدًا، فرُدَّ علىٰ المولىٰ، فاقتصَّ منه في يدِه؛ يُضَمَّنُ الغاصبَ قيمتَه، كما لو قتلَ في يدِ الغاصبِ، فكذا هنا.

وأمَّا الجوابُ عن مسألةِ الحَمْلِ: قيل: إنها علىٰ الاختلافِ أيضًا، وإنْ لَمْ

. . . .

يذْكرِ الخلافَ في كتابِ [٥/١٢٤ظ/م] «**البيوع**» استدلالًا بما ذَكَر في «**الجامع الصغير**»، في نظيرِ ذلك مِن الغَصْبِ في المَغْصُوبةِ إذا حبلَتْ، ثم رُدَّتْ فولدَتْ في يدِ المالكِ وماتت؛ له أنْ يُضَمِّنَ الغَاصِبَ جميعَ قيمتِه عندَه، فكذلك هنا؛ لأن هذا مِثْلُ ذلك.

وأمَّا مسألةُ الحُمَّىٰ: فقالوا: إنْ عُلِمَ أنها ماتت بسببِ الحُمَّىٰ؛ يَرْجِعُ بجميعِ الثَّمنِ عندَه، وإنْ لَمْ يُعْلَمْ لَمْ يَرْجِعْ، وإنْ سرَق العبدُ عندَ المُشْتَرِي أيضًا، ثم قُطِعَ بعدَ ذلك بالسرقَتَيْن جميعًا، فعندَهما: يَرْجِعُ بِنُقْصانِ عَيْبِ السَّرقةِ الموجودةِ عندَ البائعِ كما مَرَّ.

وعندَ أبي حنيفةَ: ليس له أنْ يَرُدَّ العبدَ بلا رضا البائعِ للعَيْبِ الحادثِ، وهو السَّرقةُ عندَ المُشْتَرِي والقطعُ بها، ثم لا يَخْلُو مِن أحدِ الأمْرَيْنِ: إمَّا أنْ يَقْبَلَه البائعُ كذلك أوْ لا، فإنْ لَمْ يَقْبَلْهُ يَرْجِعُ علىٰ البائعِ برُبْعِ الثَّمنِ؛ لأن اليدَ مِن الآدميِّ نصفُه، وقد قُطِعَتْ [٩/٤٧و/د] بسببٍ كان عندَ البائعِ، وبسببٍ كان عندَ المُشْتَرِي، فيَرْجِعُ بما يُقابِلُ نِصْفَ اليدِ، وهو الربعُ، وإنْ قَبِلَه البائعُ [٢/١٠٠و] كذلك يَرْجِعُ بثلاثةِ أرباعِ الثَّمنِ؛ لأن نِصْفَ اليدِ حصَل قَطْعُه بسببٍ كان في ضمانِ المُشْتَرِي، فسقَط ذلك عن البائعِ، وحِصَّةُ نِصْفِ اليدِ: ربعُ الثَّمنِ.

ثم بعدَ وجودِ السَّرقةِ مِن العبدِ في يدِ البائعِ إذا تداوَلَتْه الأيدي، فقُطِعَ العبدُ في يدِ المُشْتَرِي الأخيرِ بتلك السَّرقةِ؛ رَجَعَ الباعةُ بعضُهم علىٰ بعضٍ بالثَّمنِ، كما في الاِسْتِحْقَاقِ عندَ أبي حنيفةَ رضي الله عنه؛ لأنه أجرَاه مَجْرَىٰ الاِسْتِحْقَاقِ.

وعندَهما: لا يَتَراجَعُون كما في العَيْبِ.

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: قولُ محمَّدٍ في «**الجامع الصغير**»: «ولَمْ

. . . .

يعْلَمْ به المُشْتَرِي»(١)، يَسْتَقِيمُ على قولِهما؛ لأنَّ عندَهما: يَجْرِي هذا مَجْرَىٰ العَيْبِ، فإذا كان عالمًا؛ لا يَرْجِعُ على البائعِ بشيءٍ.

وقد قيل: إنه في قولِ أبي حنيفةَ كذلك؛ لأن كونَه مباحُ الدمِ، أوْ كونَه مُسْتَحقُّ القطعِ عَيْبٌ لا محالةَ، لكنه أُجْرِيَ مَجْرَىٰ الِاسْتِحْقَاقِ، ولا مُنافاةَ بينَ الاستحقاقِ والعَيْبِ والعِلْمِ بِالعَيْبِ وَقْتَ الشِّراءِ أوْ وَقْتَ القَبْضِ يَمْنَعُ الرُّجُوعَ بِنُقْصانِ العَيْبِ، ولهذا قال في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**» [٥/١٢٥و/م]: «إذا كان المُشْتَرِي عالمًا وَقْتَ العَقْدِ أوْ قبْلَ القَبْضِ صار راضيًا بِالعَيْبِ، فلا يَرْجِعُ على بائعِه بشيءٍ في قولِهم جميعًا» وقد مَرَّ مرَّةً آنفًا.

وقال فخرُ الإسلامِ: «**والصحيحُ** أن الجهلَ والعِلْمَ سواءٌ؛ لأنه مِن قَبِيلِ الِاسْتِحْقَاقِ، والعلمُ بالاستحقاقِ لا يَمْنَعُ الرجوعَ»(٢).

ولنا فيه نظرٌ؛ لأنَّا نقولُ: سَلَّمْنا أن العيبَ بالاستحقاقِ لا يَمْنَعُ الرجوعَ، لكن لَا نُسَلِّمُ أن العلمَ بالعيبِ لا يَمْنَعُ الرجوعَ، وهذا عَيْبٌ؛ لأنه مُوجِبٌ لنُقْصانِ الثَّمنِ، ولكنه أُجْرِيَ مَجْرَىٰ الِاسْتِحْقَاقِ عندَ [٩/٤٧ظ/د] أبي حنيفةَ، ونُزِّلَ منزلتَه لا حقيقتَه؛ لأن في حقيقةِ الاستحقاقِ ـ سواءٌ كان عالمًا بذلك أوْ جاهلًا قبْلَ القَبْضِ أوْ بعدَه ـ يَبْطُلُ البَيْعُ، ويَرْجِعُ بجميعِ الثَّمنِ في قولِهم جميعًا. وبه صَرَّح في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**».

وهنا لا يَبْطُلُ البَيْعُ، ولهذا لو أعتقَ المُشْتَرِي قبْلَ القتلِ أو القطعِ؛ صحَّ عندَ أبي حنيفةَ أيضًا، إلا أنه لا يَرْجِعُ عندَ أبي حنيفةَ بشيءٍ إذا قُتِلَ أوْ قُطِعَ بعدَ الْإِعْتَاقِ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٥٢].

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لفخر الإسلام البَزْدَوِيّ [ق ٢٤٢/ب/ مخطوط مكتبة أحمد الثالث ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٢٧)].

وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ إِذَا قُتِلَ بِسَبَبٍ وُجِدَ فِي يَدِ الْبَائِعِ.

وَالْحَاصِلُ أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الِاسْتِحْقَاقِ عِنْدَهُ وَبِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ عِنْدَهُمَا. لَهُمَا أَنَّ الْمَوْجُودَ فِي يَدِ الْبَائِعِ سَبَبُ الْقَطْعِ وَالْقَتْلِ، وَأَنَّهُ لَا يُنَافِي الْمَالِيَّةَ فَنَفَذَ الْعَقْدُ فِيهِ، لَكِنَّهُ مُتَعَيِّبٌ فَيَرْجِعُ بِنُقْصَانِهِ عِنْدَ تَعَذُّرِ رَدِّهِ؛ فَصَارَ كَمَا إِذَا اشْتَرَىٰ حَامِلًا فَمَاتَتْ فِي يَدِهِ بِالْوِلَادَةِ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ بِفَضْلِ مَا بَيْنَ قِيمَتِهَا حَامِلًا إِلَىٰ غَيْرِ حَامِلٍ.

وَلَهُ أَنَّ سَبَبَ [١٢/و] الْوُجُوبِ فِي يَدِ الْبَائِعِ، وَالْوُجُوبُ يُفْضِي إِلَىٰ الْوُجُودِ، فَيَكُونُ الْوُجُودُ مُضَافًا إِلَىٰ السَّبَبِ السَّابِقِ، وَصَارَ كَمَا إِذَا قُتِلَ الْمَغْصُوبُ أَوْ قُطِعَ بَعْدَ الرَّدِّ لِجِنَايَةٍ وُجِدَتْ فِي يَدِ الْغَاصِبِ، وَمَا ذُكِرَ مِنَ الْمَسْأَلَةِ مَمْنُوعَةٌ.

وَلَوْ سَرَقَ فِي يَدِ الْبَائِعِ ثُمَّ فِي يَدِ الْمُشْتَرِي فَقُطِعَ بِهِمَا عِنْدَهُمَا يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ كَمَا ذَكَرْنَا.

غاية البيان

بسببٍ كان في يدِ البائعِ؛ لأن القتلَ أو القطعَ لَمْ يُفوِّتِ الماليةَ؛ لعدمِ الماليَّةِ حينَئذٍ، وعندَهما: يَرْجِعُ بِالعَيْبِ؛ أعني: نُقْصانَ عَيْبِ السَّرقةِ، ونُقْصانَ كونِه حلالَ الدَّمِ؛ لأن المِلْكَ يَنْتَهِي ويتقرَّرُ بِالْإِعْتَاقِ كالموتِ، فلا يَبْطُلُ الرُّجُوعُ.

قولُه: (إِذَا قُتِلَ بِسَبَبٍ وُجِدَ فِي يَدِ الْبَائِعِ)، نحوُ قتْلِ العَمْدِ والرِّدةِ، وقَطْعِ الطريقِ بالقتلِ.

قولُه: (عِنْدَ تَعَذُّرِ رَدِّهِ)، أي: ردِّ المَبِيعِ، بيانُه مَرَّ آنفًا.

قولُه: (أَوْ قُطِعَ بَعْدَ الرَّدِّ)، يعني: يَرْجِعُ على الغاصبِ بِنُقْصانِ القطْعِ، كأنه قُطِعَ عندَه، وبه صرَّح الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرح الجامع الصغير**».

قولُه: (وَمَا ذُكِرَ مِنَ الْمَسْأَلَةِ)، أي: من مسألةِ الحَمْلِ، وَجْهُ المنعِ: مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (يَرْجِعُ بِالنُّقْصَانِ)، أي: بِنُقْصانِ السَّرقةِ الأُولَىٰ.

وَعِنْدَهُ لَا يَرُدُّهُ بِدُونِ رِضَا الْبَائِعِ لِلْعَيْبِ الْحَادِثِ، وَيَرْجِعُ بِرُبْعِ الثَّمَنِ، وَإِنْ قَبِلَهُ الْبَائِعُ فَبِثَلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ؛ لِأَنَّ الْيَدَ مِنَ الْآدَمِيِّ نِصْفُهُ وَقَدْ تلفتْ بِالْجِنَايَتَيْنِ، وَفِي أَحَدِهِمَا الرُّجُوعُ فَيَتَنَصَّفُ؛ وَلَوْ تَدَاوَلَتْهُ الْأَيْدِي ثُمَّ قُطِعَ فِي يَدِ الْأَخِيرِ رَجَعَ الْبَاعَةُ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ عِنْدَهُ كَمَا فِي الِاسْتِحْقَاقِ، وَعِنْدَهُمَا يَرْجِعِ الْأَخِيرُ عَلَىٰ بَائِعِهِ وَلَا يَرْجِعُ بَائِعُهُ عَلَىٰ بَائِعِهِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْعَيْبِ.

وَقَوْلُهُ: فِي الْكِتَابِ وَلَمْ يَعْلَمِ الْمُشْتَرِي يُفِيدُ عَلَىٰ مَذْهَبِهِمَا؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالْعَيْبِ رِضًا بِهِ، وَلَا يُفِيدُ عَلَىٰ قَوْلِهِ فِي الصَّحِيحِ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ بِالِاسْتِحْقَاقِ لَا يَمْنَعُ الرُّجُوعَ.

غاية البيان

قولُه: (كَمَا ذَكَرْنَا)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: **(وَقَالَا: يَرْجِعُ[1] بِمَا بَيْنَ قِيمَتِهِ سَارِقًا إِلَىٰ غَيْرِ سَارِقٍ)**.

قولُه: (فَبِثَلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ)، مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (رَجَعَ الْبَاعَةُ)، هي جمعُ: البائعِ؛ كَالْحَاكَةِ هي جَمْعُ الحائكِ.

قولُه: (وَقَوْلُهُ: فِي الْكِتَابِ)، أي: قولُ محمَّدٍ في «**الجامع الصغير**».

قولُه: (وَلَا يُفِيدُ عَلَىٰ [٥/١٢٥ظ/م] قَوْلِهِ فِي [٩/٤٨و/د] الصَّحِيحِ)، أي: علىٰ قولِ أبي حنيفةَ رضي الله عنه في الصحيحِ منَ الروايةِ.

قال **شمسُ الأئمَّةِ** [٢/١٠٠ظ] في «**شرح الكافي**»: «إذا اشتراه وهو يَعْلَمُ بحلِّ دمِه؛ ففي أصحِّ الروايتَيْنِ عن أبي حنيفةَ: يَرْجِعُ بالثَّمنِ أيضًا إذا قُتِلَ عندَه؛ لأن هذا بمنزلةِ الاستحقاقِ. وفي الروايةِ الأُخرىٰ قال: لا يَرْجِعُ؛ لأن حِلَّ الدَّمِ مِن وَجْهٍ كَالِاسْتِحْقَاقِ، ومِن وَجهٍ كالعيبِ، حتىٰ لا يَمْنَعَ صحَّةَ البَيْعِ.

(١) وقع في «غ»: «وَقَالَا: لَا يَرْجِعُ».

وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَشَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِعَيْبٍ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ الْعُيُوبَ بِعَدَدِهَا.

غاية البيان

فَلِشَبَهِهِ بِالِاسْتِحْقَاقِ قلنا: عندَ الجهلِ به يَرْجِعُ بجميعِ الثَّمنِ.

ولشَبَهِهِ بِالعَيْبِ قلنا: لا يَرْجِعُ عندَ العلمِ بشيءٍ؛ لأنه إنما جُعِلَ هذا كَالِاسْتِحْقَاقِ لدَفْعِ الضَّررِ عن المُشْتَرِي، وقد اندفَعَ حين عَلِم به واشْتَراه»[1]. ولنا في دعوىٰ صحَّةِ تلك الروايةِ نظرٌ قد ذكَرْناه آنفًا.

قولُه: (وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَشَرَطَ الْبَرَاءَةَ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِعَيْبٍ وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ الْعُيُوبَ بِعَدَدِهَا)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[2]، وهي مِن مسائلِ «**الأصل**»[3].

قال الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخِيُّ في «**مختصره**»: «وإذا باع الرَّجُلُ علىٰ أنه بَرِيءٌ مِن كلِّ عَيْبٍ فعَمَّ، ولَمْ يخُصَّ شيئًا مِن العُيُوبِ دونَ شيءٍ؛ فذلك جائزٌ عندَ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وزُفَر، ومحمدِ بنِ الحسنِ، والحسنِ بن زياد رحمهم الله». إلىٰ هنا لَفْظه رحمه الله.

وقال الشَّافعيُّ رضي الله عنه في أحدِ أقوالِه: إنه لا يَصِحُّ البراءةُ مِن العُيُوبِ المجهولةِ، ويَفْسُدُ العَقْدُ.

قال في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»: «وللشَّافعيِّ أقوالٌ ثلاثةٌ في هذه المسألةِ[4]:

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسَّرَخْسِيِّ [١٣/ ١١٦].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٨٢].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن [٥/ ١٧٧].

(٤) **قال النوويُّ**: «إذا باع بشَرْط أنه بريء مِن كل عيْبٍ بالمَبِيع، فهل يصح هذا الشرط؟ فيه أربع طرُق. أصحُّها: أن المسألة علىٰ ثلاثة أقوال. أظهرُها: يَبْرأ في الحيوان عما لا يعْلمه البائع دون ما يعْلمه، ولا يَبْرأ في غير الحيوان بحال. والثاني: يَبْرأ مِن كل عَيْب، ولا ردَّ بحال. والثالث: لا يَبْرأ مِن عيْبٍ ما. **والطريق الثاني**: القطع بالقول الأول. **والطريق الثالث**: يَبْرأ في الحيوان مِن غير المعلوم، دون=

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: لَا يَصِحّ الْبَرَاءَةُ بِنَاءً عَلَىٰ مَذْهَبِهِ أَنَّ الْإِبْرَاءَ عَنِ

أحدُها: البَيْعُ فَاسِدٌ والشَّرْطُ فَاسِدٌ، وفي قولٍ: البَيْعُ جائزٌ والشَّرْطُ فَاسِدٌ، وفي قولٍ: يَجُوزُ هذا الشَّرْطُ في الحيوانِ [٩/٤٨ظ/د] خاصَّةً، ولا يَجُوزُ في غيرِه».

وَجْهُ قولِه: أن الإبراءَ فيه معنىٰ التَّمْليكِ، ولهذا يرتَدُّ بِالردِّ حتَّىٰ لو أبرَأ ربُّ الدَّيْنِ المَدْيُونَ عن دَيْنِه، فردَّه ولَمْ يقبَلْهُ؛ لا يَبْرَأُ، ولهذا لا يَقْبَلُ التعليقَ.

أَلَا ترَىٰ إلىٰ ما قال في «**الجامع الصغير**» في كتاب «**الهبة**»: «إذا قال مَنْ له علىٰ آخرَ ألفُ درهمٍ: إذا جاء غدٌ فأنت منها بَرِيءٌ؛ فهو باطِلٌ»(١). فلا يَصِحُّ تمليكُ المَجْهُولِ.

ولنا: أنه إسقاطٌ فيه معنىٰ التَّمْلِيكِ، وإسقاطُ الحقِّ يَصِحُّ معَ الجهالةِ كالطلاقِ والعَتاقِ، كما إذا طَلَّق نساءَه أوْ أعتَق عبيدَه، ولا يدرِي كَمْ عددُ النساءِ، وكم عددُ العبيدِ، وإنما لَمْ يَصِحَّ تمليكُ المَجْهُولِ في البَيْعِ والهِبةِ؛ لأنه تمليكٌ محْضٌ [٥/١٢٦و/م] يفتقِرُ إلىٰ التَّسْليمِ، والجهالةُ مانعةٌ مِن التَّسْليمِ والتَّسلُّمِ، فيُفْضِي إلىٰ المُنازعةِ، وشرْعُ الأسبابِ لقَطْعِ المُنَازعةِ، والإبراءُ إسقاطٌ فيه معنىٰ التَّمْلِيكِ، لا يَفْتَقِرُ إلىٰ التَّسْليمِ، ولا يُفْضِي إلىٰ المُنازعةِ، فصحَّ معَ الجهالةِ.

فدلَّ علىٰ كونِه إسقاطًا: عدمُ توَقُّفِه علىٰ القبولِ، وإنما لَمْ يَصِحَّ التعليقُ في مسألةِ «**الجامع الصغير**»؛ لأن التعليقَ إنما يَصِحُّ في الْإِسْقَاطِ المحضِ، لا في إسقاطٍ فيه معنىٰ التَّمْلِيكِ.

= المعلوم، ولا يَبْرأ في غير الحيوان مِن المعلوم، وفي غير المعلوم قولان. **والطريق الرابع**: فيه ثلاثةُ أقوال في الحيوان وغيره. ثالثُها: الفرْقُ بين المعلوم وغيره. ولو قال: بِعْتُك بشَرْط أنْ لا تَرُدَّ العيْب: جرَىٰ فيه هذا الخلاف»، ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٣/٤٧٢ - ٤٧٣]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٣/٤٧٣ - ٤٧٤]. و«الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٥/٢٧١].

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٣٧].

الْحُقُوقِ الْمَجْهُولَةِ لَا يَصِحُّ. هُوَ يَقُولُ: إِنَّ فِي الْإِبْرَاءِ مَعْنَى التَّمْلِيكِ حَتَّى يَرْتَدَّ

فَإِنْ قُلْتَ: إذا قال: أبرأْتُك يَصِحُّ، وإذا قال: أبرأْتُ أحدَكما؛ لا يَصِحُّ، فظَهر الفرقُ بينَ المَعْلُومِ والمَجْهُولِ.

قُلْتُ: إذا قال: أبرأْتُ أحدَكما؛ يَصِحُّ أيضًا عندَ بعضِ أصحابِنا، ويُجْبَرُ على التَّعْيِينِ. كذا ذكَر في «**الأسرار**».

وَلَئِنْ سَلَّمْنَا أنه لا يَصِحُّ فنَقُولُ: إنما لَمْ يَصِحَّ؛ لأن مَن له الحقُّ مَجْهُولٌ، لا لأنَّ الحقَّ مَجْهُولٌ، أَلَا تَرَى إلى مَن قال: لفلانٍ عَلَيَّ شيءٌ؛ يَصِحُّ، ولو قال: لواحدٍ عَلَيَّ ألفٌ؛ لا يَصِحُّ، ولا يَلْزَمُ على هذا ما إذا قال لامرأتَيْه: إحْدَيْكما طالقٌ؛ لأن الطلاقَ بعدَ وقوعِه يَكُونُ حقًّا للهِ [٩/٤٩و/د] تعالى، وهو مَعْلُومٌ.

والدليلُ على أن الحقَّ للهِ تعالى: أنهما لو تراضَيا على إسقاطِه [١٠١/٢و] لا يَصِحُّ؛ ولأن الأُمَّةَ أجمعَتْ على جوازِ الاِسْتِحْلَالِ، وإسقاطِ الحُقُوقِ المجهولةِ عندَ الموتِ من غيرِ نكيرٍ، فدلَّ ذلك على صحَّةِ الإبراءِ عن الحُقُوقِ المجهولةِ.

وقال في «الجامع الكبير»: «ولوِ اشْتَرَى عبدًا بشَرْطِ البراءةَ من كلِّ عَيْبٍ؛ دخَل فيه الحادثُ والمَوْجُودُ عندَ أبي يوسفَ، وقال محمَّدٌ: يَدْخُلُ المَوْجُودُ خاصَّةً»(١). ولَمْ يذْكُرْ قولَ أبي حنيفةَ فيه.

وذكَر في «شرح الطَّحَاوِيِّ» قولَ أبي حنيفةَ معَ أبي يوسفَ، وكذلك ذكَر شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «**شرح الكافي**»(٢): قولَه معَ أبي يوسفَ، وهو ظاهرُ الروايةِ عن أبي يوسفَ.

وقال الكَرْخِيُّ في «مختصَره»: «فإنْ حدثَ به عَيْبٌ بعدَ البَيْعِ قبلَ القَبْضِ؛

---

(١) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/ ٢٣٠].

(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسِيّ [١٣/٩٣].

بِالرَّدِّ، وَتَمْلِيكُ الْمَجْهُولِ لَا يَصِحُّ. وَلَنَا: أَنَّ الْجَهَالَةَ فِي الْإِسْقَاطِ لَا تُفْضِي إِلَىٰ

لَمْ يَبْرَأِ البائعُ منه، وكان للمُشْتَرِي أنْ يَرُدَّ البَيْعَ به، وهذا قولُ زُفرَ ومحمَّدٍ والحسنِ ابنِ زيادٍ، وهي أيضًا روايةُ بِشْرِ بنِ الوليدِ وابنِ سماعةَ عن أبي يوسفَ، ورَوَىٰ محمَّدٌ عن أبي يوسفَ: أنه يَبْرَأُ منَ الحادثِ». ولَمْ يذْكُرِ الكَرْخِيُّ لأبي حنيفةَ قولًا كما تَرَىٰ.

وجهُ قولِ محمَّدٍ: أن البَراءةَ تتناولُ الثابتَ [٥/١٢٦ظ/م] حالَ البراءةِ، فكان المرادُ: المَوْجُودَ لا الحادثَ.

ووجهُ قولِ أبي يوسفَ: أن المقْصُودَ منَ البَراءةِ إِلْزَامُ العَقْدِ بإسقاطِ حقِّ المُشْتَرِي عن سلامةِ المبيعِ، والإِلْزَامُ بِالْإِسْقَاطِ لا يَتحَقَّقُ إلا بأنْ يَتناولَ البراءةُ المَوْجُودَ والحادثَ جميعًا.

قال الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «فإنْ قال البائعُ: أَبِيْعُكَ علىٰ أني بَرِيءٌ من كُلِّ عَيْبٍ به، لَمْ يَدْخُلْ في البَراءةِ العَيْبُ الحادثُ في جميعِ الرواياتِ عن أبي يوسفَ [٩/٤٩ظ/د] ومحمَّدٍ».

ووجهُهُ: أنه لَمَّا قال: «به» خصَّ المَوْجُودَ بِالْبراءةِ، ولَمْ يَتَجَاوَزْ غيرَه، ورُوِيَ عن أبي يوسفَ: أنه لو شرَط في العَقْدِ البَراءةَ من العُيُوبِ التي تحدُثُ؛ فسَدَ البَيْعُ؛ لأنه لَمَّا خصَّ تبَيَّنَ أنه ليس الغرضُ إِلْزَامَ العَقْدِ، فانصرفَتِ البَراءةُ إلىٰ ذلك المذكورِ، خاصَّةً وإنه ليس بِمَوْجُودٍ ولا وُجِدَ سببُه، فكان شرْطًا فاسدًا دخَل في العَقْدِ، فيَفْسُدُ العَقْدُ.

وقال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «ولو تَبرأ البائعُ مِن كلِّ عَيْبٍ؛ يَدْخُلُ فيه العُيُوبُ والأَدْواءُ، فإنْ تَبَرَّأَ مِن كلِّ داءٍ؛ فهو علىٰ المرضِ، ولا يَدْخُلُ فيه الْكَيُّ، ولا الْإِصْبَعُ الزائدةُ، ولا أثرُ قُرْحٍ قد بَرِئَ.

الْمُنَازَعَةِ، وَإِنْ كَانَ فِي ضِمْنِهِ التَّمْلِيكُ لِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى التَّسْلِيمِ فَلَا تَكُونُ مُفْسِدَةً، وَيَدْخُلُ فِي هَذِهِ الْبَرَاءَةِ الْعَيْبُ الْمَوْجُودُ وَالْحَادِثُ قَبْلَ الْقَبْضِ فِي قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ رحمه الله.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ رحمه الله: لَا يَدْخُلُ فِيهِ الْحَادِثُ وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ رحمه الله؛ هُوَ يَقُولُ: إِنَّ الْبَرَاءَةَ تَتَنَاوَلُ الثَّابِتَ. ولِأَبِي يُوسُفَ رحمه الله أَنَّ الْغَرَضَ إِلْزَامُ الْعَقْدِ بِإِسْقَاطِ حَقِّهِ عَنْ صِفَةِ السَّلَامَةِ وَذَلِكَ بِالْبَرَاءَةِ عَنِ الْمَوْجُودِ وَالْحَادِثِ.

غاية البيان

وعن أبي حنيفة رضي الله عنه: الدَّاءُ هو المرضُ الذي في الجَوْفِ، مِن طِحَالٍ، أوْ كَبِدٍ، أوْ نحوِ ذلك»[1].

وقال فيها أيضًا: «رَجُلٌ باع عبدًا أوْ جَاريةً، وقال: أنا بَريءٌ من كلِّ داءٍ، ولَمْ يَقُل: مِن كل عَيْبٍ؛ فإنه لا يَبْرَأُ عن العُيُوبِ؛ لأنَّ الدَّاءَ يَدْخُلُ في العُيوبِ، أمَّا العَيْبُ فلا يَدْخُلُ في الدَّاءِ».

وفيها أيضًا: «لو قال لمُشْتَرِي الجاريةِ: بَرِئْتُ إليكَ مِن كلِّ عَيْبٍ بعَيْنِها، فإذا هي عَوْراءُ؛ لا يَبْرَأُ، وكذا لو قال: بَرِئْتُ إليكَ مِن كلِّ عَيْبٍ بيدِها، وهي مَقْطُوعَةُ اليدِ؛ لأن البَراءةَ عن عَيْبِ اليدِ والعيْنِ تَكُونُ حالَ قيامِ اليدِ والعينِ لا حالَ عدَمِهِما»[2]، وإنما ذكَرْنا هذه المسائلَ تكثيرًا للفوائدِ.

قولُه: (لِعَدَمِ الْحَاجَةِ إِلَى التَّسْلِيمِ)، دليلُ قولِه: (لَا تُفْضِي إِلَى الْمُنَازَعَةِ).

قولُه: (فَلَا تَكُونُ مُفْسِدَةً)، أي: لا تَكُونُ الجهالةُ في الْإِسْقَاطِ مُفْسِدةً للعَقْدِ.

قولُه [٩/٥٥و/د]: (وَذَلِكَ)، إشارةٌ إلى إِلْزَامِ العَقْدِ.

والله سبحانه تعالى أعلم بالصواب

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/ ١٩٥].

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/ ١٩٥].

فهرس الموضوعات